تحرير المجلة

من مؤلفات

امام

المسلمين آية الله

محمد حسين آل كاشف الغطاء

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران

قم

جلد دوم قسم (۲)

بسم الله الرحمن الرحیم

تحرير المجله

کاتب:

محمد حسین آل کاشف الغطاء

نشرت فی الطباعهٔ:

مکتبهٔ المرتضویه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

تحریر المجله المجلد ۴

اشاره

شماره بازیابی : ۵۱-۸۱۰۶۰

وضعیت نمایه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پدیدآور : تحریر المجله، تالیف آیهاله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المکتبه المرتضویه.۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

اشاره

ص: ۲

بسم اللّه و له الحمد و المجد

الکتاب الحادی عشر فی الوکاله

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالوکاله

اشاره

ماده (۱۴۴۹)

الوکاله:

تفویض أحد امره لآخر و إقامته مقامه، هذا التعریف کما تری من الضعف و القصور فی الغایه و کأنهم نظروا إلی الوکاله بالمعنی العام لا بالمعنی الاصطلاحی عند الفقهاء، فقد عرفها الشهید قدس سره فی (اللمعه) بأنها استنابه فی التصرف و زاد فیه السید الأستاذ رضوان اللّه علیه، فی أمر من الأمور حال حیاته، لا خراج الوصایه التی هی استنابه فی التصرف بعد الممات و کلا القیدین لا لزوم فیهما فإن الوصایه لیست استنابه بل نحو ولایه و لذا لا ینعزل إلا بالخیانه، و کیف کان فتعاریف الفریقین لهذه العقود لیست هی الحقیقه بل شبح منها، اما حقیقه الوکاله فهی

عقـد یفیـد تسـلیط الغیر علی التصـرف فیمـا له التصـرف فیه فـان کان فی حال الحیاه فقط فهو الوکاله و ان کان بعـد الموت فهو الوصایه و قـد تکثر اسـتعمال هـذا اللفظ و مشـتقاته فی الکتاب الکریم علی أنحاء شتی و أسالیب مختلفه: لا إله الا هو خالق کل شی ء و هو علی کل شـی ء وکیل حسـبنا اللّه و نعم الوکیل الی کثیر من أمثالهما: علیه توکلنا، و کلنا بها قوما لیسوا بها بکافرین، و الجمیع یرجع الی أصل واحد و هو السـلطه عامه أو خاصه فلله جل شانه السـلطه العامه و فی غیره السـلطه الخاصه منه لعباده أو من بعضـهم لبعض و الیه یرجع معنی المحـامی و الناصـر و علیـک بتطبیق ذلک فی سائر الموارد بلطف ذوق و قریحه و هی عند المشهور عقد و لکن الأستاد قوی انها لیست عقدا فقال ما نصه: و الأقوی عدم کونها من العقود فلا یعتبر فیها القبول و لذا ذکروا انه لو قال وکلتک فی بیع داری فباعه صح بیعه و الظاهر ذلک و ان غفل عن قصد النیابه الی ان قال: و المراد من عدم کونها من العقود انه لاـ یشترط فی تحققهـا القبول و الاـ فلو أوقعت بنحو الإیجـاب یکون عقـدا و یتحصـل انها تتحقق بکل من الوجهین، و انتهی أقول ان هـذا من المبـاحث التی استرسـل فیهـا الأصـحاب و تسـاهلوا و التحقیق العمیق وراء مـا ذکروا و ان حقیقه الوکـاله لیست اسـتنابه و لاـ اذنـا فی التصـرف و ان تشابهـا أو تشارکـا فی الأثر و هو حلیه التصـرف أو نفوذه و لکن تظهر الثمره فی آثار أخری فإن حاق جوهر الوکاله کما

عرفت هو إعطاء سلطه الغير و من المعلوم ان هذه السلطه لا- تكون للغير قهرا عليه بل انما تكون له إذا قبلها باختياره غايته ان قبولها لا يشترط فيه ان يكون بلفظ خاص بل يكفى كلما دل عليه بل لا يلزم فيه اللفظ أصلا و يكفى العقل فلو قال وكلتك فى بيع دارى فباع صح لانه دل بفعله على قبوله و هنا تتساوى الآثار و تشترك المؤثرات و لكن يظهر الفرق بين الاستنابه و الاذن و بين الوكاله بالمعنى الذى ذكرناه فى مقام الرد فلو قال وكلتك فى بيع دارى فرد و لم يقبل لم يصح بعد ذلك بيعه بخلاف ما لو قال أذنت لك فى بيع دارى أو استنبتك فى بيعها فرد فان الرد لا اثر له و لو باع بعد ذلك من دون اذن جديد صح و ما ذلك الا- من جهه ان سنخ الوكاله من سنخ العقود و ذوات الأسباب الوضعيه، بخلاف الاستنابه و الاذن و التفويض فإنها من سنخ الجواز و الإباحه اللاحقه بالأحكام التكليفيه و بينهما بون بعيد،،، فتدبره اما الرساله فهى أجنبيه عن الوكاله كليه لأنها من قبيل الآله الصماء الحاكيه لصوت الغير و كلامه من دون حق فى التصرف أصلا فلا داعى لذكرها فى ماده (۱۴۵۰) الرساله هى تبليغ أحد كلام الآخر من دون أن يكون له دخل فى التصرف الى الآخر.

الباب الأول فی بیان رکن الوکاله و تقسیمها

رکن التوکیل الإیجاب و القبول

و هو ان یقول الموکل وکلتک بهذا الخصوص فإذا قال الوکیل قبلت أو ما یشعر به تنعقد الوکاله.

کـذلک لو لم یقـل و تشبث بإجراء ذلک الخصوص یصح تصرفه لانه یکون قـد قبل الوکاله دلاله و لکن لو ردها الوکیل بعد الإیجاب لا یبقی له حکم بناء علیه لو قال الموکل وکلتک ورد الوکیل بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموکل به لا یصح تصرفه- یعنی و یکون ضامنا، و هذه الماده قویه الأسلوب لفظا و معنی و لکن ماده (۱۴۵۲) الاذن و الإجازه توکیل قد عرفت منعها و ان المأذن لو رد الاذن و الإجازه ثم عمل صح إذا لم یتجدد منع من الآذن أو المجیز بخلاف الوکاله فتدبره جیدا فإنه من معادن التحقیق و کذا الکلام فی الإجازه اللاحقه فإنها لا علاقه لها بالوکاله أصلا و این

باب الفضولی من باب الوکاله! و اتحاد المسببات لا یقتضی وحده الأسباب فلا وجه لماده (١۴۵٣) و اما- ماده (١۴۵۴) فهی علی طولها لا طائل تحتها و هی غنیه عن البیان کوضوح ماده (١۴۵۵) فان أسالیب البیان مختلف حسب اختلاف القصود فقد یقصد المتکلم المالک جعلک وکیلا علی بیع سلعته أو شراء سلعه له و قد یجعلک واسطه و سمسارا بینه و بین البائع أو المشتری و هما متغایران حکما و موضوعا.»

ماده (١۴۵۶) یکون رکن التوکیل مره مطلقا یعنی لا یکون معلقا بشرط أو مضافا الی وقت أو مقیدا بقید و مره یکون معلقا بشرط الی آخرها

بناء علی ان الوکاله عقد و قد مر علیک غیر مره ان التنجیز شرط فی عامه العقود الا ما خرج بالدلیل و ان التعلیق یفسد العقد- یتحصل من هاتین المقدمتین ان التعلیق یفسد الوکاله فلو علقها علی شرط أو وصف کما لو قال أنت وکیل ان جاء زید من السفر علی بیع داری أو أنت وکیل عند مجی ء الحاج بطل نعم لو قید العمل الموکل فیه بقید أو شرط صح کما لو قال أنت وکیل علی بیع داری و لکن عند مجی ء زید فهو وکیل مطلق فعلا- و لکن علی البیع الخاص و (الضابط) انه ان جعل القید أو الشرط للهیئه و الإنشاء بطلت و ان جعله للماده و المنشأ صحت و یمکن ان یکون مراد المجله فی جمیع ما ذکرته

من الأمثله فی هذه الماده هو القسم الثانی فیکون صحیحا و ان کان خلاف ظاهر قولها: تنعقد الوکاله متعلقه بمجی ء التاجر، فإن الوکاله لا تکون معلقه کما عرفت بل التعلیق فی متعلقها فتدبره

الباب الثانى فى بيان شروط الوكاله

ماده (١۴۵٧) يشترط ان يكون الموكل مقتدرا على إيفاء الموكل به- الى آخرها، لم تحرر (المجله) هذا البحث أعنى بحث شروط الوكاله كما هو حقه، و حق تحريره ان يقال: ان الوكاله تعتمد على أربعه أركان- الموكل- الوكيل- الموكل به- العقد، اما العقد فيعتبر فيه كلما يعتبر فى سائر العقود من إيجاب و قبول و لو بالفعل و تنجيز و مطابقه القبول للإيجاب نعم لا يلزم هنا التوالى فيصح ان يوكل الغائب و يقبل بعد بلوغ الخبر اليه، و اما الوكيل فيعتبر فيه مضافا الى التمييز الاختيار فلا يصح توكيل المكره و لا المجنون و غير المميز لانه مسلوب العباره- و ان يكون قادرا على اجراء ما وكل فيه فلو وكل على محاسبه عماله مثلا من لا يعرف الحساب من صغير أو كبير لم يصح نعم يشترط اذن وليه لو كان

صغيرا مميزا إلاـ إذا كـان العمـل خفيفـا و ليس فيه مظنه ضـرر كاجراء صـيغه البيع و نحوه فقط- اما الموكل فيعتبر فيه مضافا الى العقـل و التميز و الاختيـار كونه مالكـا للصـرف فيمـا وكـل فيه فلو كـان ممنوعا بمنع طبيعى أو شـرعى ذاتى أو عرضـى لم ينفذ توكيله فتوكيـل الصبى المميز لاـ ينفـذ إلاـ بإجـازه الولى و توكيـل الراهن على بيع العين المرهونه لاـ ينفـذ إلا بإجازه المرتهن و توكيل السـفيه أو المفلس لا ينفـذ إلا بإجازه الولى أو الغرماء و توكيل المجنون أو غير المميز لا ينفـذ أصـلا و هكذا كل ممنوع من التصـرف مطلقا أو مقيـدا، نعم فى ما هو معلوم المنفعه يصـح للمميز ان يوكل فيه كقبول الهبه أو الصـدقه حتى مع عـدم اذن الولى كمـا نصت عليه (المجله) فى هـذه المـاده، أمـا الموكـل به أى متعلق الوكـاله فـاعلم انه من أهم مباحث هـذا العقـد إذ من الضـرورى انه ليس كـل عمـل يصـح ان يـأتى به الإنسـان يصـح ان يوكل فيه و كثير من الواجبات بل و المباحث لا تتمشـى فيها الوكاله شـرعا و عرفا- إذا فلا بد من تحرير ضابطه لما تصح فيه الوكاله تميزه عما لا تصح فيه، و قد ذكروا ان ضابطه ما لا يصـح فيه التوكيل هو كل عمل علم من الشارع اعتبار المباشـره فيه على وجه خاص كالواجبات النفسـيه العباديه مثل الصوم و الصلاه و الطهاره و الحـج الا ما قام عليه الـدليل بجواز الاسـتنابه فيه و كذلك جمله من المسـتحبات مثل النوافل اليوميه و زياره الاخوان و البدأه بالسلام اما رده فهو أيضا من الواجبات التى لا يصح فيها التوكيل فلو وكل شخصا على رد

سلام من سلم علیه لم یسقط عنه و فعل حراما بترکه و مثل ذلک کثیر من الحقوق الواجبه أو المستحبه کحقوق الزوجیه و حقوق العیاده و غیرهما و کل عمل علم من الشارع ان الغرض منه نفس وقوعه من دون اعتبار مباشر معین بل و لو وقع من غیر مباشر أصلا کالواجبات التوصلیه کطهاره الثوب أو البدن أو دفن المیت أو الحرف و الصنائع التی یتوقف نظام البشر و حفظ الهیئه الاجتماعیه علیها کالنجاره و البنایه و الحیاکه و أمثالها فإنها واجبات کفائیه و توصلیه و یصح فیها التوکیل عموما کما یصح فی عامه المعاملات من البیع و الشراء و الإجاره و الصلح و أضرابها و فی کافه أنواع المکاسب کالاحتطاب و الاحتشاش و الحیازه و الاحیاء و أشباهها (و الخلاصه) ان کل ما علم اعتبار المباشره فیه فلا توکیل فیه و ما علم عدم اعتبارها تصح فیه الوکاله، انما الکلام و الاشکال فیما لو لم یعلم و شک فی انه من أی النوعین فلا بد من تحریر الأصل الذی یرجع الیه عند الشک فقد یقال ان الشک فی صحه الوکاله و عدمها فی بعض الموارد یرجع الی الشک فی اعتبار المباشره و عدمها بناء علی الضابطه المتقدمه و أصاله عدم اعتبارها یقتضی بأن الأصل صحه الوکاله فی کل مورد یشک فیه و لکنک خبیر بأن أصاله عدم اعتبار قید المباشره انما یجدی أو یجری حیث یکون هناک عموم أو إطلاق فی المورد الخاص اما مع عدمه فلا مجال لذلک الأصل أصلا

مثلا لو قام الـدليل على ان الأم لها حق الحضانه على ولدها الى سـنتين أو أكثر و شـككنا انه يقبل ان توكل غيرها فى القيام بهذا الحق فإن كان هناك إطلاق و شـككنا أجرينا أصاله عدم التقييد بالمباشـره و حكمنا بصحه الوكاله و الا فلا مورد لذلك الأصل كما هو ظاهر، اما التمسك للصـحه بعموم وجوب الوفاء بالعقود بناء على شـمولها للعقود الجائزه فلا يخلو أيضا من اشـكال لعدم إحراز صـدق العقد على مثل هذا و الدليل لا يحقق موضوعه، و إرجاع الأمر إلى بناء العقلاء فى معاملاتهم و أعمالهم فما كانت المباشـره فيه لازمه عنـدهم لم تصـح الوكاله فيه و الا صـحت لا يجـدى أيضا لحصول الشك فى بناء العقلاء كثيرا، و عدم العلم بأنهم يعتبرون المباشـره فيه أم لا مع انه يشـبه ان يكون بوجه دائر فمعرفه الصحه موقوفه على معرفه عدم اعتبار المباشره و معرفتها موقوفه على معرفه الصـحه،،، و التحقيق العميق ان الماليات و ما يتعلق بها نقلا و انتقالا و تحصـيلا و كسبا كلها تصح فيها الوكاله لعموم أدله السـلطنه و الإبـاحه و الحليه و نحوهـا فتصـح الوكـاله فى عموم المعاملات و الحيازات بل و فى الإيقاعات و كـذا فى عموم عقود الأـنكحه و توابعهـا كالطلاـق و العتق و الإـبراء و نحوهـا فيمكن ان يقـال ان الأصـل فيهـا جميعا الصـحه إلا ما خرج بالدليل كما ان الأصل فى العبادات مطلقا واجبها و مندوبها المنع الا ما ورد الدليل بصـحته و يلحق بها الشهاده و العهود و النذور و الايمان فلا تجرى الوكاله فيها أصلا لظهور أدلتها فى اعتبار المباشره

بل لا معنى معقول لتوكيل شخص فى ان ينذر بالوكاله عنك أو يحلف كذلك أو يشهد عنك.

اما الحقوق فالنظر فى صحه التوكيل على استيفائها و العمل بها فهو موقوف على مراجعه دليل كل واحد منها و النظر فى إطلاقه و تقييده و عمومه و خصوصه و هل يظهر منه اعتبار المباشره فيه أم لا ـ و هذا من خصائص الفقيه المجتهد الذى له ملكه الاستنباط و الغور على دقائق الأحكام و اصابه حكمه التشريع و لا يلقاها الا ذو حظ عظيم،،، ثم نعود فنقول أيضا ان هذا البحث من أهم مباحث الوكاله و من العجب ان المجله لم تتعرض له لا بقليل و لا كثير و قد أعطيناك زبدته و صفوته و للّه المنه و منه التوفيق، و اتضح بما ذكرنا بقيه موارد هذا الباب:

الباب الثالث فی بیان أحکام الوکاله

اشاره

و یشتمل علی سته فصول

[الفصل الأول]

ماده (۱۴۶۰) یلزم ان یضیف الوکیل العقد الی موکله فی الهبه و الإعاره و الرهن و الإیداع و الإقراض و الشرکه و المضاربه و الصلح عن إنکار و ان لم یضفه الی موکله فلا یصح.

هذه الماده و التی تلیها ماده (۱۴۶۱) علی طولها و تفاصیلها غیر وافیه و لا کافیه و تقسیمها غیر مستوعب و الحکم فیها بالتفصیل علیل عار من الدلیل، و تحریر البحث الذی هو أیضا من المباحث المهمه فی کتاب الوکاله- ان الغالب فی مواقع الوکاله بین البشر هی الإیقاعات و توابعها و العقود و ملحقاتها بل هما القدر المتیقن من الأعمال التی یصح فیها التوکیل بعد البناء علی عدم صحته فی العبادات بقول مطلق- الا ما خرج،،، أما الإیقاعات کالطلاق و العتق و الفسخ و الإبراء و غیرها فلا

يشترط فى شى ء منها ذكر الموكل فى الصيغه فإذا وكله على عتق عبده.

و قال للعبـد أنت حر أو وكله على طلاق زوجته و قال لها أنت طالق صح كما لو قال عبد فلان حر أو زوجه فلان طالق و لا يلزم ان يقول بحسب و كـالتى عن فلاـن و هكـذا سـائر الإيقاعات، أما العقود فهى نوعان اما عقود الأنكحه فـذكر الموكل و الموكله ضرورى فيها لأن الزوجين فى النكاح بمنزله العوضـين فى البيع أركانه التى لا يصح الا بذكرهما فلو قالت زوجتك نفسـى و قال قبلت وقع الزواج له و له قصـد القبول لموكله لم يقع له و لاـ لموكله لان العقـد لم يطابق القصـد فيبطل و اللازم ان تقول زوجت موكلك نفسـى فيقول قلت لموكلى و هكـذا نظائر ذا فيقول وكيل الزوجه لوكيل الزوج زوجت موكلى من موكلك فيقول قبلت لموكلى، و أما عقود المعاملات فهى أيضا نوعان اما عقود المجانيات كالهبه و العاريه و الوديعه و أمثالها فلا حاجه فيها الى ذكر الوكـاله و الموكـل فلو قـال وهبتـك هـذه الـدابه أو دار زيـد و كـان وكيلاـ عنه فى هبتهـا صـح ذكر الوكـاله لفظا أولا، و عقود المغابنـات و هى عقود المعاوضات كالبيع و الإجاره و المزارعه و نحوها من العقود اللازمه أو الجائزه فهى اما ان تكون شخصـيه أو كليه يعنى امـا ان يكون المبيع أو الثمن كليـا فى الـذمه أو شخصـيا خارجيـا فـان كان شخصـيا كما لو قال له وكلتك على بيع دابتى هـذه فقـال الوكيـل للمشترى بعتـك هـذه الـدابه صـح و لو لم يـذكر الموكـل و الوكـاله بل و حتى لو لم يقصـد البيع عن الموكل بل و حتى لو قصد البيع لنفسه فان؟؟؟؟

القصـد يقع لغوا لما عرفت فى أبواب البيوع من ان العوض يـدخل فى ملك من خرج من ملكه المعوض سواء قصد ذلك أم لا، و اما إذا كان كليا كما لو وكله على ان يشترى له دارا بثمن كلى فى ذمه الموكل فان قال البائع للوكيل بعتك الـدار و كان عالما و قاصـدا انهـا لموكله و قـال الوكيل قبلت قاصـدا ذلك أيضا صـح و تعلق الثمن بـذمه الموكل و ان كان غير عالم و قال الوكيل قبلت قاصـدا لموكله و لم يـذكره صـريحا صـح أيضـا و لكن للبـائع الخيار إذا لم يقبل تعلق الثمن بـذمه الموكل فله الفسـخ و له الإمضاء بعـد العلم، اما لو قال قبلت و لم يقصـد القبول لموكله و لم يكن الثمن شخصـيا حسب الفرض صار البيع له لا لموكله و لزمه دفع الثمن من ماله.

امـا مـا ذكرته المجله من قضـيه حقوق العقـد فهى فى جميع الصور التى يصـح العقـد فيهـا للموكل مع علم الطرف الآخر بائعا أو مشتريـا فهى للموكـل و للوكيل على مقـدار سعه وكالته و ضـيقها فان كانت مطلقه؟؟؟ فله قبض المبيع و اقباض الثمن و الفسـخ بالعيب أو أخـذ الأرش و يطالبه البائع بالثمن و يـدفع له المثمن و هكـذا و ان كانت ضـيقه محـدوده بإجراء الصـيغه فقط مثلا أو أوسع بقليل فليس له شى ء من تلك الشئون.

(و بـالجمله) فحقوق العقـد أصاله للموكل و تبعا للوكيل بمقـدار ما جعل له الموكل نعم لو أضاف الوكيل العقـد الى نفسه و لم يكن الثمن أو المثمن شخصيا و ادعى انه قصد الشراء لموكله و البائع لا يعلم

کـان له إلزام الوکیـل بـالثمن و إمضـاء البیع علیه کمـا ان له ان یفسـخ و له إمضاء البیع علی الموکل حسب ما یری من صالحه و ثقته بالموکل فی دفع الثمن و عدمها، و علیک بالتدبر و إمعان النظر فیما ذکرنا حتی یظهر لک أنواع الخلل و الضعف بما ذکرته «المجله» فی هـاتین المـادتین فطـابق تعرف و بهـذا الطراز، یجب ان تحرر المشاکل و تحل الألغاز، ثم من المعلوم ان الوکیل فی منطقه وکـالته أمین لاـ یضـمن إلا بالتعـدی أو التفریط کما فی ماده (۱۴۶۳) المـال الـذی قبضه الوکیـل الی آخرها و کان یجب تقیید عدم الضـمان بما إذا کان وکیلا أیضا علی القبض اما لو کان وکیلا علی البیع فقط فقبض و تلف المال کان ضامنا و ان لم یکن منه تعـد أو تفریطا ماده «۱۴۶۴» لو أرسل المـدیون دینه إلی الـدائن و قبل الوصول الیه تلف فی ید الرسول فان کان رسول المـدیون یتلف من مـاله و ان کـان رسول الـدائن تلف منه و برء المـدیون هـذا صـحیح إذا لم یکن المرسل إلیه أجاز إرساله أو وکله علی القبض و الا فالتلف علیه، ماده (۱۴۶۵) إذا وکل أحد شخصین علی أمر فلیس لأحدهما وحده التصرف فی الخصوص الـذی وکلا به، و لکن ان کانا وکلا لرد ودیعه أو إیفاء دین فلأحـدهما ان یوفی الوکاله وحده، و اما إذا وکل أحد آخر لأمر ثم وکل غیره رأسا علی ذلک الأمر فاتهما أو فی الوکاله حاز هذا البحث کسوابقه

أيضا غير محرر و لا مستوفى و تحريره انه لا إشكال فى جواز تعدد الوكلاء من الموكل الواحد فى أمر واحد و يقع ذلك على صور «۱» ان يجعل لكل واحد منهم الاستقلال فكل من سبق تصرفه نفذ و بطل المتأخر و إذا اقترنا بطلا مع التزاحم كما لو باع أحدهما الدار من زيد و باعها الآخر فى ذلك الوقت من عمر و اما مع عدمه كما لو باعها كل واحد منهما من عمرو و وكيله بثمن واحد صحا معا كما لو باع هو و وكيله فى وقت واحد و لو كانا وكيلين فى دفع الدين فدفعاه استرجع من الدائن الزائد مطلقا كما لو دفع نفسه الزائد غلطا أو اشتباها اما لو كانا وكيلين على دفع الحق مع خمس أو زكاه و دفع كل منهما الى فقير نفذ المتقدم و يسترجع من المتأخر ان كانت العين الموجوده و الا- فلا- رجوع و مع التقارن يتخير فان التعيين له «۲» ان يجعلهما وكيلين على الاجتماع فلا يصح تصرف أحدهما مستقلا و فى إجراء الصيغه يوكل أحدهما الآخر أو يؤكلان ثالثا و يمكن ان يجريها كل واحد منهما فيتركب العقد من عقدين و لا مانع منه «۳» ان يجعل الاستقلال لأحدهما و الاجتماع للثانى فيستقل الأول و ينفذ و لا ينفذ تصرف الثانى الا بموافقه الأول «۴» ان يطلق الوكاله و يقتصر على قوله أنتما وكيلان على بيع دارى فإن كان لهذه العباره ظهور عند العرف فى اجتماع أو استقلال فهو و الا فالإطلاق و أصاله عدم القيد يقتضى الاستقلال و عدم تقييدهما بالاجتماع و مع عدم إحراز الإطلاق أعنى إهمال القضيه و عدم

التفاته الی هذه الناحیه أو الشک فاللازم الاجتماع لانه القدر المتیقن «۵» ان یجعل وکیلا علی بیع داره مثلا ثم یجعل وکیلا ثانیا علی بیعها من دون تعرض لاجتماعه مع الأول أو استقلاله فان ظهر منه عزل الأول بالثانی فهو و الا کان لکل منهما التصرف مستقلا و ینفذ السابق کما سبق، و لو مات أحدهما فی صوره الاستقلال حقیقه أو حکما انحصرت الوکاله بالثانی اما فی صوره الاجتماع فتبطل وکاله الثانی أیضا و لیس للحاکم ان یضم بدله إذ لا ولایه له علی الحق الموجود نعم لو کان غائبا و خیف علی المال تعین النصب أو الاذن للآخر بالتصرف من باب دلاله الحاکم علی الغائب و لو عزل أحدهما فی صوره الاجتماع لم یصح للآخر أیضا ان یتصرف الا مع القرینه علی اراده استقلاله بالوکاله- هذا تمام صور المسأله و لا فرق فیما ذکرنا بین الوکاله علی رد الودیعه و إیفاء الدین أو غیرهما و الفرق بینهما و بین غیرها تحاکم بلا دلیل و تفصیل بلا وجه

ماده (۱۴۶۶) لیس لمن وکل فی خصوص أمر ان یوکل غیره به الا ان یکون قد اذنه الموکل بذلک أو قال له اعمل برأیک

فعلی هذا الحال للوکیل ان یوکل غیره و یکون وکیلا- للموکل لا للوکیل و لا ینعزل الثانی بعزل الوکیل الأول أو بوفاته هذه أیضا محتاجه إلی التحریر و ما ذکر انما یصح فی بعض الفروض دون بعض و علی بعض التقادیر لا علی کل تقدیر، و توضیح ذلک ان إطلاق الوکاله لا یقتضی جواز أن یوکل الوکیل غیره فی العمل

الذی وکل فیه الا ان یصرح له الموکل بذلک أو یجعل له الوکاله العامه فیقول له اعمل برأیک فی کل ما تراه صالحا و ما أشبه ذلک و حین إذ یأذن له أو یفوض الأمر إلیه فلا یخلو اما ان یظهر منه الاذن فی جعل الوکیل عن الموکل أو عن الوکیل أو لا یظهر منه شی ء من هذه الناحیه و علی الأول یتم ما ذکر فی الماده من انه لا ینعزل بعزل الوکیل الأول و لا بموته بل لا یصح للأول عزله و لا محاسبته إلا بإذن جدید من الموکل الأول و علی الثانی بکون أمر الثانی للوکیل الأول بعزله کما ینعزل بموته و لیس للموکل الأول ان یعزله لانه لیس منصوبا منه نعم لو عزل الأول سقط الثانی لأنه فزع منه و تبع له، و علی الثالث حیث لا ظهور فی کلامه علی أحد الأمرین أو لم یکن ملتفتا الی هذه الجهه کما لعله الغالب فالمرجع إلی الأصول فلا ینعزل الا بعزلهما معادلا ینعزل بموت الوکیل استصحابا لبقاء وکالته فی الحالین و هکذا

(١۴۶٧) إذا اشترطت الأجره فی الوکاله و أوفاها الوکیل یستحقها و ان لم تشترط و لم یکن الوکیل ممن یخدم بالأجره یکون متبرعا لیس له اجره

إطلاق الوکاله یقتضی عدم الأجره و لو شرطها لزمت و انقلب عقد الوکاله إلی عقد إجاره فیعتبر فیها جمیع ما یعتبر فی الإجاره و تعیین العمل و المده و مقدار الأجره فلو حصلت الجهاله فی شی ء من ذلک بطلت و کان له اجره المثل لو قام بالعمل و مع اجتماع شروط الإجاره

تنقلب من الجواز الى اللزوم کما هو حکم الإجاره، اما مع الإطلاق و عدم الشرط فلا حق له بالأجره سواء کان ممن یخدم بالأجره أم لا، فالتقیید فی المجله لا وجه له

الفصل الثانی فی الوکاله بالشراء

ماده (۱۴۶۸) یلزم ان یکون الموکل به معلوما

بمرتبه یکون إیفاء الوکاله قابلا علی حکم الفقره الأخیره من ماده (۱۴۵۹) یعنی اعتبار المعلومیه فی ما وکل به من بیع أو شراء أو نحوه و خلاصه تحریر هذا البحث کما هو حقه ان المعلومیه المعتبره لیست کالمعلومیه فی باب البیع و الإجاره و نحوهما بل یکفی المعلومیه فی الجمله فلو قال وکلتک فی شراء فرس لی کفی و صح ان یشتری له ای فرس بنظره و لکن لا یصح فی البیع ان یقول بعتک فرسا ما لم یعینها وصفا أو خارجا نعم لو عین الموکل فرسا معینه بوصف أو بإشاره لزم الوکیل ان لا یتعدی الی غیرها فلو تعدی کان فضولیا و مع عدم الإجازه یضمن الثمن فالضابطه الکلیه فی هذا الباب ان الموکل إذا ذکر الموکل به من بیع أو شراء أو زواج أو طلاق وجب تعیینه

بنحو يمكن القيام به للوكيل ثم ان قيد بعد ذلك بقيود وجب اتباعها و الا كان الخيار للوكيل مثلا لو قال أنت وكيل على ان تزوجنى من امرأه كان له تزويجه من أى امرأه يختارها و لا تبطل الوكاله بعدم تعيين المرأه اما لو قال له أنت وكيل تزوجنى من امرأه بغداديه تعين ذلك و لا يصح تزويجه بغيرها و هكذا لو وكله على شراء حنطه أو حنطه المزرعه الفلانيه و على هذا القياس فى جميع الموارد.

و من هنا ظهر انه لا مانع من صحه الوكاله لو قال اشتر لى دابه أو ثيابا أو قال حريرا و لم يعين نوعه أو ثمنه فتصبح خلافا للمجله نعم لو قيده الموكل بنوع مخصوص أو ثمن محدود تعين اما مع الإطلاق فالاختيار للوكيل الا ان يكون عرف خاص أو عام فيحمل الإطلاق عليه و يكون بمنزله القيد إما الأثمان فمع تعيين الموكل لها تتعين و مع عدمه تتصرف الى ثمن المثل فما دونه فلو اشترى بأكثر من ثمن المثل أو باع بأقل منه كان فضوليا و لعل بهذا البيان اتضحت جميع مواد هذا الفصل و امتاز الصحيح منها من القيم على ان بعضها واضح غير محتاج الى البيان و بعضها تكرار مستدرك و الكثير غير مستقيم، و لو عين له ثمنا لزمه ان لا يأخذ بالأزيد قطعا اما الأخذ بالأنقص فهو جائز حسب المتعارف الا ان يعلم بان له غرضا خاصا بذلك المقدار فلا يجوز التخطى عنه مطلقا و مثله الكلام فى النقد و النسيئه فما ذكر فى ماده (۱۴۷۹) على إطلاقه غير صحيح إذ قد يكون للموكل غرض معقول فى الشراء

نقدا و لا يرضى بالنسيئه فتجاوز الوكيل عن النقد إلى النسيئه يجعله فضوليا أو باطلا فليتدبر

ماده «۱۴۸۵» ليس للوكيل ان يشترى الشى ء الذى وكل بشرائه لنفسه الى آخرها

أ ليس هذا من الجزاف! و ما وجه منع الوكيل من شراء الشى ء لنفسه مع ان البائع حر فى بيع ماله لمن شاء و المشترى وكيلا أو غيره كذلك و الوكاله عقد جائز و الشراء لنفسه فى الحقيقه رفض للوكاله و عزل لنفسه عنها و لا يلزمه اعلام الموكل بخلاف العكس نعم فى بعض المقامات قد يكون ذلك خلاف المروه و شبه الخيانه و لكن لا على وجه يجعله حراما و ممنوعا بل له ان يشترى لنفسه و لموكله كما نصت عليه ماده (۱۴۸۶) لو قال أحد اشتر لى فرس فلان الى آخرها و يشبه ان يكون بين هذه الماده و التى قبلها تهافت، كما ان عدم تصديقه لو قال بعد تلف الفرس أو حدوث العيب اشتريتها لموكلى محل نظر بل يصدق يمينه لان الوكيل أمين و هو أدرى بقصده و لا يعلم الا من قبله ماده (۱۴۸۸) لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح هذا أيضا لا وجه له الا ان يصرح الموكل بذلك أو تقوم قرينه أو عرف عليه ماده (۱۴۹۲) إذا تلف المال المشترى فى يد الوكيل بالشراء أو ضاع قضاء بتلف من مال الموكل و لكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن و تلف فى ذلك الحال أوضاع يلزم على الوكيل أداء ثمنه

و لكن يرجع به على الموكل لان حبسه كان بوجه مشروع نعم لو كان الثمن مؤجلا و حبسه ثم تلف فى يده كانت الغرامه عليه لانه حبس غير مشروع يزول به الامانه و تكون يده يد ضمان لا ائتمان

ماده (١۴٩٣) ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل

إلا إذا كان مطلقا بالبيع و الشراء حسب ما يراه

الفصل الثالث فى الوكاله بالبيع

خلاصه مواد هذا الفصل بأجمعها ان الوكيل المطلق على البيع من دون تعيين ثمن أو وقت أو غيرهما يبيع كيف شاء قليلا أو كثيرا و إذا عين الموكل له ثمنا أو وقتا بان قال له مثلا بع فرسى على فلان بالمبلغ المعين وجب عليه ذلك فلو باع بأقل أو على غير من عينه الموكل كان فضوليا و لو سلم المبيع فى هذا الحال كان ضامنا، و لو اشتراه لنفسه مع الإطلاق و بثمن المثل أو أكثر صح عندنا خلافا لماده «١۴٦» إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح.

نعم يصح هذا لو منعه صريحا أو قامت قرينه اما بدونهما فلا

و كـذا الكلام فى النقـد و النسـيئه و المـده ان قيد الموكل بشـى ء منها لا يجوز للوكيل تعديه و الا فإن كان عرف عام أو خاص فهو المبتع و الا أخذ بالقدر المتيقن و هو النقد و أقل مده فى النسيئه و هكذا.

الفصل الرابع فى (بيان المسائل المتعلقه بالمأمور)

ماده (١۵٠۶) إذا أمر أحد غيره بأداء دينه و أداء من ماله يرجع ذلك الى الآمر شـرط الآمر رجوعه أم لا- يعنى قال على ان أوديه لـك أو خـذه منى أو لم يقـل غير أد دينى فقـط،،، هـذه المعـامله غريبه الشـكل فى المعاملات إذ ليست هى وكاله لا محضه إذ الوكـاله انمـا هى فى مـال الموكـل لاـ مـال الوكيـل و لاـ هى قرض إذا القرض يحتـاج الى قبض و لا هى حواله إذ المفروض ان المأمور برى ء، و أغرب منها ما لو تبرع وادى الـدين بـدون أمر حيث يسـقط الدين و لا رجوع على المديون فكيف يسـقط دين شخص بمال غيره و هـذه مواضـعات جاريه عنـد العرف متفق عليها ظاهرا و تطبيقها على القواعـد و الأصول العامه مشـكل، و قد صبهـا السـيد الأسـتاد قـدس سـره بقالب آخر فقال: يجوز ان يوكل غيره فى أداء دينه من ماله تبرعا أو مع الرجوع عليه بعوض ما أداء و لكنك عرفت ان هذا لا يتفق مع أصول الوكاله فإن التوكيل

انمـا يصـح للإنسـان على ماله لا على مال الغير ثم زاد (قـده) فى الغرابه و الاشـتمار عن القواعـد فقال: و لا يصـير المـدفوع ملكا للموكل قبل دفعه بل ينتقل إلى الدائن و هو ملك للوكيل (انتهى) و كيف يعقل ان يكون مال شـخص عوض ما فى ذمه شخص آخر و قـد مر عليك غير ان العوض لا بـد و ان يخرج ممن دخل المعوض فى ملكه، اللهم الا ان ترفع اليـد عن هذه القاعده كما فى (خـذ مالى هـذا و اشتر به طعاما لک) و قـد فرع السـيد (ره) على ما ذكره ما لو كان مـديونا لذمى فوكل ذميا أخر على وفاته فـدفع له خمرا أو خنزيرا فعلى الانتقـال الى ملـك الـدائن لاـ يصـح و عليه يصـح قال! و يجوز ان يوكل غيره فى أداء ما عليه من الخمس أو الزكـاه تبرعـا أو بعوض إذ لاـ يلزم ان يكون أداء الخمس أو زكاه من مال من عليه بناء على المختار من جواز الشـراء لنفسه بمال غيره مع اذنه و عدم منافاته لحقيقه البيع و الشـراء و دعوى لزوم دخول المعوض فى ملك من خرج عن ملكه العوض ممنوعه إذ ليست حقيقه البيع إلاـ مبـادله المـالين، انتهى و لا يـذهبن عنک ان المبادله التى اعترف انها هى حقيقه البيع لو تأملتها تجـدها إلاـ القاعـده المزبوره التى منعهـا مع ان ظاهرهم الاتفاق عليها لأنها نفس حقيقه البيع إذ أى معنى للمبادله بين المالين الا كون هـذا فى موضع ذاک اى يـدخل أحـدهما إلى المحل الذى خرج منه الآخر فيملأ ذلك الفراغ و يشـغل ذلك الشاغر، و الا فما معنى المبادله لو لا ذلک! و بما ذا

التحقق! و هذا هو معنى العوضيه أيضا فتأمله تجده جليا واضحا و مصاص التحقيق فى هذا المجال ان التوكيل فى التبرع لا معنى له أصلا إذ المتبرع يعمل باختياره و حريته سواء اذن له المتبرع عنه أم لم يأذن و كله أم لم يوكله بل لو منعه لم يؤثر المنع فى صحته و ترتب أثره و لكن لا بد لتصحيحه من انه بقصده وفاء دينه ينتقل المال الى المتبرع عنه اناما و لكن بقيد انه لوفاء الدين ثم يدفعه للوفاء كما لو اشترى له بماله اى بمال المشترى طعاما، و اما التوكيل مع شرط الرجوع فلا بد لتصحيحه من درجه اما فى الضمان بناء على توسيع دائرته أو فى الافتراض و التوكيل على قبضه عنه و دفعه لوفاء دينه و لو قال للمديون خذ دينك من فلان و انا أدفع له فهى حواله على البرين، و على كل فلا محيص من تخريج وجه لهذه المعاملات كى تندرج فى الأصول العامه و القواعد المسلمه التى لا يصح هدمها و الشذوذ عنها فاغتنم هذا و باللّه التوفيق.

و لعل من أجل تضمنه للوكاله أدرجته المجله فى مباحثها، ثم ان أكثر مواد هذا الفصل واضحه، و قد يحتاج بعضها الى يسير من التوضيح مثل ماده (۱۵۰۸) فإن المراد انه إذا أمره بالصرف على عياله أو بناء داره ينصرف المتعارف من المصرف حسب شأنهم و عادتهم فلو كان من شأنهم الألف فى الشهر فصرف ألفين لا يرجع إلا بألف و هكذا الدار حسب شأن الآمر ان لم يعين و ان لم يشترط لما عرفت مكررا من ان مال المسلم محرم لا يسقط الا بالتصريح

بالتبرع و تأويل الرجوع هنا اما الى إراده اصرف و انا أضـمن لك البدل و اما أقرضـنى و اصرفه على عيالى، ماده (۱۵۰۹) لو أمر أحـد آخر بقوله أعط فلانا،،، محصل هـذه ان أمر الآمر من حيث الرجوع و عـدمه بدور مدار القرائن و الأمارات من حال و مقال فمثل أعط هـذا الفقير و لم يقل و انا أدفع لك ظاهر فى ان يـدفع له من ماله اى مال الدافع بخلاف ادفع الى عيالى فإنه ظاهر فى الضمان و ان لم يشترط و هكذا، ماده (۱۵۱۰) لا يجرى أمر أحد إلا فى حق مكه،،، مبنيه على قضيته السبب و المباشر، و المباشر هنا أقوى من السبب فيكون الضـمان عليه اى على ملقى المال فى البحر لا على الآمر ماده (۱۵۱۱) لو أمر أحد آخر،،، كل و عد لا يجب الوفاء به بل يسـتحب استحبابا كالوجوب خصوصا عند أهل الشرف و الغيره فلو طلبت من شخص وفاء دينك و وعدك بذلك لا يلزم به له و ما عقديا و لكنه يجب أشد الوجوب وجوبا اخلاقيا (و وعد الحر دين) كما يقولون، نعم لا يجبر عليه إذا لم تجبره شـهامته و كرم طبعه- كما يجبر لو كان له عليه دين و قال له ادفع دينى الى غربى فلان كما فى ماده (۱۵۱۲) و بقيه المواد واضحه المراد و المدرك

الفصل الخامس فی (حق الوکاله بالخصومه)

قد استبان لک من مجموع فروع الوکاله أنها تدور مدار ما یعطی الموکل للوکیل من السلطه صراحه أو دلاله بحال أو مقال أو عرف أو عاده و التوکیل فی الخصومه من أخصب حقولها، و مهابط سیولها، و لا- سیما فی هذه الأعصار التی کثرت فیها الخصومات فاستوجب کثره الوکلاء و المحامین العارفین بالقوانین مضافا الی انه لا یلیق بأهل الشرف و الکرامات الوقوف فی المحاکم و المزاوله کالخصومه المزربه بذوی الشئون، و لکن الوکیل فیها کالوکیل فی غیرها لا یتعدی حدود ما وکل فیه صراحه أو دلاله فإذا وکل علی الدفاع فقط لم یجز له الاعتراف و لا الصلح و لا التنازل نعم لو أعطاه وکاله عامه حسب ما یراه جاز له ذلک سوی الإقرار فلا- یجوز له الا- بالنص علیه بالخصوص ان قلنا بأنه مما تصح فیه الوکاله علی تأمل أما العموم فهو منصرف عنه ای عن الإقرار و لا فرق فی قبول إقرار الوکیل عن الموکل و عدم قبوله بین وقوعه بحضور الحاکم أو غیر حضوره و إذا قلنا بصحته و لو فی بعض خصوصیات الدعوی أو کان مقدمه

لكسب الـدعوى و صـيروره الحق له فلاـ ينعزل و إذا قلنـا بعـدم صـحته يقع لغوا و لا ينعزل الا بعزل من الموكل أو ظهور الخيانه الموجبه للانعزال قهرا فليتدبر.

الفصل السادس فی (بيان المسائل المتعلقه بعزل الوكيل)

حيث ان الوكـاله كما عرفت قـد جائز فللموكل ان يعزل الوكيل كما للوكيل ان يعزل نفسه مطلقا سواء تعلق بالوكاله حق الغير أم لاـ غـايته ان الموكـل فيمـا لو عزل الوكيـل على بيع الرهن عنـد حلول الأجل يجب عليه بيع الرهن بنفسه أو لوكيل أخر أو يـدفع الـدين و لاـ يبيع الرهن و صـرف تعلق الحق على الموكل لا يوجب عليه إبقاء الوكيل مع إمكان خروجه من الحق بوسائل أخرى كثيره كما ان تعلق الحق على الموكل لا يسلب حريته فی عزل نفسه الا ان يكون مستأجرا أو شرط ذلك عليه فی عقد لازم و هو خروج عن محـل البحث لاـن الكلام فی الوكاله المجرده من حيث هی و من هنا ظهر ضـعف أو فساد ما فی ماده (١٥٢١) و ماده (١٥٢٢) و فيها: و لكن لو تعلق به حق الغير يكون مجبورا بإيفاء الوكاله

إذ لا وجه لجبره مع ان الوكاله عقد جائز و لا ملزم فی البين و كذلك لو وكل على الخصومه بطلب المدعى و غاب الموكل فان له عزله فی غيابه و توكيل غيره و لا يتعين عليه إبقاء ذلك الوكيل و كل هذا واضح و لا اعرف وجها معقولا لما ذكرته (المجله) نعم لا- إشكال فی ان اثر الوكاله و نفوذها يبقى الى ان يبلغه خبر العزل فلو باع قبل بلوغ خبر العزل اليه كان بيعه نافذا على الموكل و ليس له رده، كما فی ماده «١٥٢٣» و هذا لدليله الخاص و الا فالقاعده لا تقتضی ذلك ففی الخبر المعتبر قال سلام اللّه عليه من وكل رجلا على أمر من الأمور فالوكاله ثابته أبدا حتى يعلمه بالخروج عنها كما أعلمه بالدخول فيها، اما لو عزل الوكيل نفسه فلا- يبقى على وكالته إلى إعلام الموكل و لا- معنى لبقائها فی عهدته و قد عزل نفسه و لا يجب عليه الاعلام أيضا كل ذلك لعدم الدليل و بطلان القياس عندنا التی تبتنی عليه ماده (١٥٢٤) إذا عزل الوكيل نفسه يلزم ان يعلم الموكل بعزله و تبقى الوكاله فی عهدته الى ان يعلم الموكل نعم ما ذكر فی ماده (١٥٢٥) من قضيه لزوم اعلام المديون بعزل الوكيل على قبض الدين فلو لم يعلمه الموكل أی الدائن و دفع الى الوكيل برأت ذمته بلا إشكال لأنه معذور بعدم العلم ثم ذكرت «المجله» بقيه أسباب العزل فی المواد الباقيه و هی [١] موتهما أو موت أحدهما، [٢] و جنونهما أو جنون أحدهما [٣] انتهاء العمل الذی وكل به، و بقی أسباب أخرى لم

تـذكرها المجله (منهـا) زوال موضوع الوكـاله كمـا لو ماتت الـدابه الموكل على بيعها «و منها» الحجر على الموكل فيبطل توكيله على تصرفاته الماليه «و منها» عروض الرق أو الرده الموجبه لقسمه أمواله لأنها بحكم الموت (و منها) عروض الفسق فيما لو كان وكيلاـ على أمـوال الأيتـام أو الوقـف أو كـان مقيـدا بالعـداله (و منهـا) عروض الإغمـاء و قـد بقيت فى الوكـاله مبـاحث مهمه و تحقيقـات واسـعه لم تتعرض لهـا «المجله» و لاـ تسـمح لنـا الأـحوال الراهنه بـذكرها و نشـرها، منهـا مبـاحث النزاع بين الوكيل و الموكل:

ص: ۳۴

الكتاب الثانى عشر (فى الصلح و الإبراء)

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعه أبواب:

المقدمه فى بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالصلح و الإبراء

اشاره

المقدمه ماده «۱۵۳۱»

الصلح:

هو العقد الذی یرفع النزاع بالتراضی هذا التعریف کسائر تعاریفهم قاصر بعید عن حقیقه هذا العقد، و حقه ان یقال: انه عقد شرع لحسم الخصومه محققه فعلا أو مقدره فرضا، و هو من اسمی التشریعات الإسلامیه و أشرف مؤسساتها و قد وردت فی القرآن المجید آیات کریمه فی التنویه عنه و الحث علیه (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَهٌ فَأَصْلِحُوا بَیْنَ أَخَوَیْکُمْ) و هذه الجمله؟؟؟ (نجمه الصباح) فی أفق التشریع و مثلها، فلا جناح ان یصلحا بینهما صلحا، و الصلح خیر، ثم تعقبتها السنه النبویه و زادته وضوحا بالحدیث النبوی المشهور (الصلح جائز بین المسلمین الا ما حرم حلالا أو حلل حراما) و قد سبق بعض الکلام فیه فی مباحث الشروط و یأتی نبذه منه

الکتـابه و لاـ الإشاره من القادر علی الکلام و تلزم فیه سائر ما یلزم فی العقود من الرضا و الاختیار و القصـد و التوالی و التطابق و هو عقـد لاـزم لاـ ینفسـخ الا بالقابل أو شـرط الفسـخ أو أحـد الخیارات العامه کالغبن و العیب و نحوهما، و یصـح مع الإنکار و الإقرار و السـکوت کما فی ماده (۱۵۳۵) الصـلح ثلاـثه أقسام إلی آخرها نعم یختلف عن سائر العقود اللازمه بتحمل مقـدار من الجهاله لا تتحمل فی سائرها کما سیأتی، و أرکان الصـلح خمسه- العقـد، المصالـح المصالـح له، المصالـح عنه، المصالح به، و لکل واحد شروط، اما شروط العقد فما عرفت، و لفظه الصریح صالحت أو صالحتک و مشتقاتها، و صحته بمثل تراضینا و اتفقنا و القرار بیننـا و أمثـال ذلـک مع قصـد تلـک الحقیقه غیر بعیـده (و حقیقته) لیست هی صـرف التسـالم کمـا یقال بل هی الالتزام بالتسالم و التعهـد برفع الخصومه الموجوده أو المفروضه کما عرفت و لا یلزم تصور المتصالحین کل هـذه الخصوصـیات بل هی معـان ارتکازیه یکفی قصـدها الإجمالی بقصـد حقیقه الصـلح و یصـح الإیجاب و القبول من کل منهما فلا یختص الإیجاب من واحـد و القبول من أخر کما فی بعض العقود. و قـد أهملت المجله هـذا البحث اعنی البحث فی صـیغه هـذا العقـد و ألفاظه کما أهمله کثیر من أصـحابنا اما المصالـح و المصالح له فلا یعتبر فیهما أکثر من الشـرائط العامه فی المتعاقدین سوی ان البلوغ یمکن ان یکتفی عنه هنا بالتمییز و لکن مع اذن الولی و کفایه صدور الصیغه منه مع الرشد و عدم الحجر

و أمثالها كما فى ماده (۱۵۳۹) يشترط ان يكون المصالـح عاقلا الى آخرها و اما المصالح عنه فهو أعم من العين و الدين و الحق و المنفعه و الـدعوى أو تقرير أمر بينهما، و هو اعنى المصالـح عنه ركن فى عقـد الصـلح إذ لا بد ان يصالحه عن شـى ء أو على شى ء، اما المصالح به فغير لازم و يمكن تحقق الصـلح بدونه كما فى الصـلح المفيد فائده العاريه أو الهبه، و هو اى الصـلح عقد مستقل و ان أفاد فائده البيع أو الإجاره أو الهبه أو الإبراء و انفرد الشيخ الطوسى أعلى اللّه مقامه بكونه تابعا لمفاده فإن أفاد فائده البيع فهو بيع و ان أفاد فائده الهبه فهو هبه و هكذا و تظهر الثمره فى ترتيب احكام البيع عليه و عدمها و من خيار مجلس و غيره و فساده بالجهاله و نحوها بخلافه على المشـهور و فى الهبه بلزوم القبض أو عـدمه و لكن من المعلوم ان افاده عقـد فائـده الآخر لا يقتضـى وحدتهما يعنى ان وحده المسبب لا تستلزم وحده السبب، و على كل فيلزم فى المصالح به المعلوميه و عدم الجهاله و لو فى الجمله فالجهـاله المفسـده فى البيع لا ـ تفسـد الصـلح و انمـا تفسـده الجهـاله المطلقه كما يلزم كونه صالحا للملكيه و مملوكا للمصالـح أو ممـا له الولا ـيه عليه بنحو و تجرى فيه الفضوليه و يقف على الإجاره اما المصالـح عنه فلا تقـدح فيه أيضا الجهاله و يصـح حتى عن اليمين و عن الدعوى و ان كانت مجهوله نعم يعتبر فى صـلح الولى عن الصـغير حصول الغبطه له بذلك فلو خلا عن مصلحه الصغير بطل كما فى ماده «۱۵۴۰» إذا

صالـح ولی الصبی عن دعواه الی آخرهـا، و اما- ماده (۱۵۴۳) فقد سـبق فی مباحث الوکاله ما یغنی عنها فان الصـلح کالبیع من بعض الجهات فان صالح للموکل کان العوض علیه ان صرح بذلک إلا إذا کان کفیلا عنه و ان قصده و لم یصرح کان للمشتری أو المصالـح إلزامه بـالعوض و یرجع به علی الموکـل و ان لم یقصـده کـان متبرعـا، هـذا کله مع ثبوت الوکـاله و تحققها اما مع عـدمها فهو فضولی أو متبرع کما فی ماده «۱۵۴۴» و تحریر هـذه الماده ان من صالح عن دعوی بین اثنین بغیر اذن و لا طلب من المـدعی علیه فـان صـرح ان عـوض الصـلح فی ذمته أو فی عین خـارجیه من أمواله فهو متـبرع و یلزمه دفع العوض لاـن الصـلح صحیـح و لازم و ان عینه فی مال المدعی علیه فهو فضولی موقوف علی اجازته و ان أطلق و لم یعین حتی فی القصد کان أیضـا بحکم الفضولی و ان کان الإطلاق یقتضی ان العوض علیه فلیتأمل.

الباب الثانی فی (بیان بعض أحوال المصالح علیه و المصالح عنه و بعض شروطهما)

ماده «۱۵۴۵» ان كان المصالح عليه عينا الى آخرها.

يمكن ان يعطى قاعده كليه و هى ان كلما يصح ثمنا فى البيع يصح الصلح به و عليه و لا عكس فان المجهول فى الجمله لا يصح ثمنا فى البيع و يصح عوضا فى الصلح فتقول صالحتك عن دعواك بما فى قبضه يدى و لا يصح مثله فى البيع.

ماده «۱۵۴۶» يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح ..

هذا الشرط طبيعى فى جميع عقود المعاوضات بل و غيرها و لكن هو شرط فى نفوذها و ترتب آثارها فورا لا شرط فى صحتها فهى من غير الملك صحيحه و لكنها موقوفه على اجازه المالك، و عليه فلا يصح قول المجله هنا: لو اعطى المصالح مال غيره بدل الصلح لا يصح صلحه

ماده «۱۵۴۷» يلزم ان يكون المصالح عليه و المصالح عنه معلومين ..

قـد عرفت ان المعلوميه و لو فی الجمله کـافیه فی صـحه الصـلح فی المصالـح علیه و المصالـح عنه سواء کانا محتاجین للقبض و التسـلیم أم لاـ نعم الجهاله المطلقه مانعه فلو صالحه علی ان یعطیه و لم یعین جنسه أو مقـداره بطل لان الصـلح شـرع لحسم ماده النزاع و مثل هـذا الصـلح مما یمدها و یزیدها، و لکن لو قال بدراهم بین العشـره و العشـرین صح و ان کانت لا تصح فی البیع و نحوه.

الباب الثالث فی (المصالح عنه

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی (الصلح عن الأعیان)

ماده (۱۵۴۸) ان وقع الصلح عن الإقرار علی مال معین عن دعوی مال معین فهو فی حکم البیع

فکما یجری فیه خیار العیب و الرؤیه و الشرط تجری دعوی الشفعه ..

عرفت ان الأصح هو ان الصلح عقد مستقل حتی فی الموضع الذی یفید فائده البیع أو الإجاره و اشتراک عقدین فی نتیجه واحده لا- یقتضی تساویهما فی الاحکام و کان حق المقام بناء علی کون المصالحه بین المالین بیعا ان تقول المجله انه یجری خیار المجلس و نحوه مما یختص بالبیع اما خیار العیب و الشرط فهی من الخیارات العامه و تجری فی الصلح سواء کان بیعا أو مستقلا و علی کل فالحق ان الاحکام الخاصه بالبیع کالشفعه و خیار المجلس لا تجری

فی الصلح و لا ینافی هذا انه لو ظهر البدل مستحقا یرجع المصالح له علی المصالح بعوضه ان کان کلیا فإنه من الأحکام العامه و یبطل الصلح ان کان العوض شخصیا فتدبره جیدا، و من هنا تعرف وجه النظر فی ماده (۱۵۴۹) ان وقع الصلح عن الإقرار علی المنفعه فی دعوی المال فهو فی حکم الإجاره،،، یعنی لو ادعی علیه مالا و أقر به ثم صالحه عنه علی سکنی سنه مثلا فی داره کانت اجاره و لکن لا ـ ثمره هنا بین الإجاره و الصلح فافهم ماده (۱۵۵۰) الصلح عن الإنکار أو السکوت هو فی حق المدعی معاوضه و فی حق المدعی علیه خلاص من الیمین و فداء،،، الأصح أنه معاوضه فی حقهما معا غایته ان المعوض من جهه المدعی هو حق الیمین و الاستحلاف و العوض من جهه المدعی علیه مال أو عقار یدفع به الیمین عن نفسه، بناء علیه لا تجری الشفعه فیه مطلقا اما لو ظهر مستحقا فالحکم ما عرفت من البطلان فی الشخصی و الرجوع فی الکلی فتدبره جیدا

ماده (۱۵۵۱) لو ادعی أحد مالا معینا کالروضه و صالح علی مقدار منها،،،

هذا من الموارد التی یکون الصلح فیها مفیدا فائده الإبراء و الإسقاط یعنی ان المدعی أسقط دعوی بعضها، و رضی ببعض منها و صالحه علی ذلک و هو أیضا من قبیل الصلح بلا عوض مالی أو مادی و منه یعلم تمام الکلام فی المواد الأربع المذکوره فی.

الفصل الثانی فی بیان الصلح عن الدین ای الطلب و سائر الحقوق

فان جمیعها مبنیه علی قضیه الإسقاط و الإبراء و الصلح بلا عوض خارجی

الباب الرابع فی بیان احکام الصلح و الإبراء

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی بیان المسائل المتعلقه بأحکام الصلح

ماده «۱۵۵۶» إذا تم الصلح فلیس لواحد من الطرفین فقط الرجوع،،، عرفت ان الصلح عقد لازم حتی فیما لو أفاد فائده العقود الجائزه کما لو صالحه علی العاریه أو المضاربه أو الهبه لم یکن لأحدهما

الفسخ نعم یصح فیه التقایل برضاهما کما یصح فی البیع لأن الحق لهما و لکن الصلح فی موضع الاسقاط و الإبراء لا معنی للتقایل فیه کما نبهت علیه ماده «۱۵۵۸» ان کان الصلح فی حکم المعاوضه إلی آخرها ثم ان من شأن العقود اللازمه عدم البطلان بالموت کما فی ماده (۱۵۵۷) کما ان مقتضی اللزوم انه لو صالحه عن دعواه سقط حق المطالبه بالیمین طبعا و علیه ماده (۱۵۵۹) و قد ظهر مما سبق تمام الکلام فی ماده (۱۵۶۰) و حاصلها ان المال المصالح به إذا ظهر مستحقا فان کان کلیا فی الذمه و دفع المصداق فظهر انه مستحق فلا یدخل علی الصلح خلل بل یبدله بمصداق آخر و ان کان شخصیا متعینا بطل.

الفصل الثانی فی بیان المسائل المتعلقه بأحکام الإبراء

ماده (۱۵۶۱) إذا قال أحد لیس لی مع فلان نزاع و لا دعوی الی آخرها،،، حقیقه الإبراء هو إسقاط مال أو حق مالی لشخص علی آخر و هو إیقاع لا عقد فلا یحتاج إلی إیجاب و قبول إلا إذا کان بطریق الصلح فإذا سقط لا یعود فلا موضع فیه للفسخ و الإقاله کما فی ماده

(۱۵۶۲) إذا أبرأ أحد آخر الى آخرها و هو انما يتعلق بحق ثابت فلا يشتمل ما يثبت بعد ذلك كما فى ماده (۱۵۶۳) ليس للإبراء شمول لما بعده،،، ثم ان إسقاط الدعوى انما يصح لأنها حق مالى اما لو لم ترجع الى مال كدعوى حق القذف أو حق الغيبه فيشكل سقوطه بالإسقاط كما يشكل المصالحه عليه بالمال نعم يظهر من بعض الاخبار سقوط حق الغيبه بالإسقاط و براءه ذمه المستغيب بإبراء المستغاب فليراجع، و لا ريب ان الإبراء يكون عاما و يكون خاصا على حسب تقيد المبرئ كما فى ماده (۱۵۶۵) و التى قبلها (۱۵۶۴) و باقى مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فيها سوى ماده (۱۵۷۰) إذا أبرأ الذى فى مرض الموت أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا و نافذا و اما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله فإنه عجيب و غريب و حكم معكوس فان القريب و هو الوارث اولى من الأجنبى بالاحتساب عليه من الثلث هذا لو قلنا بان منجزات المريض من الثلث اما لو قلنا بأنها من الأصل فلا إشكال فى الصحه و النفوذ مطلقا (و الخلاصه) انه لو أبرأ المريض مدينه وارثا أو غيره صح من الأصل مطلقا على القول بان منجزاته من الأصل و يصح من الثلث على القول الآخر مطلقا أيضا بل فى الصوره الأولى أولى.

الکتاب الثالث عشر (فی الإقرار)

اشاره

الباب الأول فی (بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه)

اشاره

ماده (۱۵۷۲)

الإقرار:

هو اخبار الإنسان عن حق علیه لآخر، عرف فقهاؤنا الإقرار بأنه اخبار عن حق سابق لا یقتضـی تملیکا بنفسه بل یکشف عن سـبقه و أخصر منه انه اخبار عن حق ثابت- لإخراج الاخبار عن حق یثبت کالاخبار بأنه سوف یملکه فإنه وعد لا یجب الوفاء به فقها و ان وجب أخلاقا، ثم ان من أحکام الإسـلام الضـروریه نفوذ الإقرار و لزومه علی المقر و لکن بعد اسـتجماع الشرائط فی المقر، و المقر له، و المقر به، و صـیغه الإقرار و یتضح أکثر هذه الاعتبارات و الملاحظات من المواد الآتیه، أما شـرائط المقر فهی کما فی ماده (۱۵۷۳) یشترط ان یکون عاقلا- بالغا- الی قولها: و لکن الصـغیر الممیز المأذون فی حکم البالغ فی الخصوصـیات المأذون بها:

الوصیه و الصدقه و نحوها من أبواب المعروف و ان لم یکن مأذونا و لازم هذا نفوذ إقراره فیها لقاعده (من ملک شیئا ملک الإقرار به) کما انه لو کان مأذونا من الولی فی بیع أو شراء و نحوهما نفذ إقراره فیها أیضا و الیه إشاره (المجله) و أقوی شروط نفوذ الإقرار کونه صادرا عن رغبه و اختیار، فلو کان مکرها علی إقراره لم یکن له اثر کما نصت علیه ماده (۱۵۷۵) یشترط فی الإقرار رضا المقر،،، و ان لا یکون محجورا علیه لسفه أو فلس کما فی ماده (۱۵۷۶) ان لا یکون المقر محجورا الی آخرها.

و کذا یشترط ان یکون المقر به محتمل الوقوع عاده فلو قال الفقیر المعدم استقرض من مثله الف دینار بطل هذا الإقرار، و مثله ما لو أقر بالبلوغ و جسده لا یساعد علی ذلک کما فی ماده (۱۵۷۷) یشترط ان لا- یکذب ظاهر الحال الإقرار،،، و لم تتعرض المجله لبقیه أحکام الإقرار بالبلوغ کما لم تتعرض لشی ء من أحکام الإقرار بالنسب مع انهما من أمهات مباحث الإقرار و قد استوفی فقهاؤنا أحکام کل منهما مفصلا و نحن نتعرض لکل واحد منهما موجزا فنقول: ذکر بعض فقهائنا ان الصبی أو الصبیه لو أقر بأنه بالغ فان ادعاه بالاحتلام قبل منه بلا یمین و الا لزم الدور، و دفعه بان البلوغ موقوف علی الیمین و الیمین موقوف علی إمکان البلوغ غیر تام، و ان ادعاه بالإنبات توقف علی الاختبار و ان ادعاه بالسن توقف علی البینه (و تحریر) هذا البحث بما هو امتن و ارصن یستدعی تمهید

مقدمتین قبلا (الاولی) ان الدلیل الذی یعتمد علیه فی أصل حجیه الإقرار هو النبوی المشهور (إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز) مضافا الی إشعار جمله من الآیات المجیده: کونوا قوامین بالقسط شهداء بالحق و لو علی أنفسکم) و مقتضی إطلاق النبوی المزبور ان المدار فی الإقرار هو العقل لا- البلوغ فلو أقر العاقل ای الرشید الممیز بشی ء نفذ إقراره و ان لم یکن بالغا و نسبه الدلیل المزبور إلی أدله رفع القلم عن الصبی حتی یبلغ و عدم ترتیب اثر علی تصرفاته و ان کان هی العموم من وجه فیتعارضان فی الصبی العاقل و لکن لا- یبعد ان الترجیح لدلیل الإقرار فیخصص به عموم رفع القلم و ذلک لوجوه أقواها ان تعلیق الجواز علی العقل بأنه هو الملاک فان العاقل لا یعترف بما یضره کاذبا فیکون له مثل نظر الحکومه علی الأدله و مفاده ان إقرار العاقل نافذ علیه بالغا کان أو غیر بالغ (الثانیه) ان الاحکام التی تنفذ بالإقرار علی المقر هی التی علیه لا التی له فلو أقر الصبی بالبلوغ ترتب علیه وجوب الصوم و الصلاه و النفقات و الزکاه و نحوها دون التی له کأخذ أمواله من الولی و صحه نکاحه و بیعه و شرائه و نحوها فان البلوغ بالنسبه الی هذه الآثار دعوی منه تحتاج إلی إثبات و لا فرق فی ذلک بین الاستناد الی الاحتلام أو السن أو الإنبات، نعم فی دعوی البلوغ بالاحتلام یمکن ان لا- یکلف بالبینه لأنه من الأمور التی یعسر اطلاع الغیر علیها و لکن یجری مثل هذا فی السن أیضا فإنه یعسر إقامه البینه علیه

غالبا فيلزم تصديقه أيضا و لكن التصديق بمجرد الدعوى مشكل و اليمين دورى، و الأولى إناطه قبول مثل هذا الإقرار أو الدعوى الى نظر حاكم الشرع فى القضايا الشخصيه و ما يستنبطه من قرائن الأحوال فتدبره و اغتنمه (أما الإقرار بالنسب) فيعتبر فيه مضافا الى الشرائط العامه فى مطلق الإقرار عده أمور (۱) ان يكون ما أقر به ممكنا عاده و لا يكذبه الحس فلو أقر بولد هو أكبر سنا منه أو مساويا أو أقل بمقدار لا يمكن تولده منه لغا الإقرار (۲) ان لا يكذبه الشرع فلو أقر بولد ثابت تولده من غيره ببينه أو شياع أو نحو ذلك لغا أيضا (۳) ان لا يدعيه من يمكن لحوقه به فان الولد لا يلحق بأحدهما إلا بالبينه و مع التعارض فالقرعه (۴) تصديق المقربه ان كان بالغا عاقلا حيا، و يسقط فى الصغير و المجنون و الميت فلو أقر ببنوه واحد منهم ثبت فى حق المقر و حق أقربائه و لا يسمع إنكاره بعد البلوغ و لا المجنون بعد صحته على المشهور نعم الحكم مقصور على ولد الصلب فلا يسرى الى ولد الولد و الى الأب فلا يتعدى الى الأم و كل إقرار بنسب يلزم فيه التصديق سوى الثلاثه المتقدمه و لو تصادق كبيران على نسب صح و توارثا و لا يتعدى الى غيرهما إلا فى الولد الكبير فيتعدى إلى أقاربه على المشهور، ثم ان الأصحاب فرعوا على الإقرار بالنسب فروعا خطيره و كثيره لا مجال لذكرها هنا فلتطلب من مواضعها

ماده (۱۵۷۸) يشترط ان لا يكون المقر به مجهولا بجهاله فاحشه إلخ.

هـذا بـاب الإـقرار بالمجهول و المبهم و فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم حرروها أحسن تحرير، و خلاصـته بتنقيـح منا أن الإبهام اما ان يكون فى المقر له أو فى المقر به و على «الأول» فاما ان يكون مرددا بين افراد محصوره فيلزم المقر بالتعيين فان عين و الا بحبس حتى يعين، و اما ان يتردد بين افراد غير محصوره كما لو قال لأحـد أهالى هـذه البلده على دين و فيها خلق كثير لغا هذا الإقرار و لم يكن له أى أثر (و فى الثـانى) يلزم بالتفسـير أيضـا فـإن فسـره بما له ماليه يقبل منه و لو قليلا و الا حبس حتى يعين، و لو أبهم المقر له ثم عينه فى شـخص دفع له المـال المقر به فـان ادعـاه آخر حلف المقر و الا أخـذه المـدعى بنكول المقر أو بالبينه، و لو عينه فى شخصـين اقتسـماه و ان ادعى أحـدهما اختصاصه به حلف المقر انه لهما و ان نكل أخذه مدعى الاختصاص كما لو أقام الـبينه و ان أقر بـه لهمـا و اختلفـا فـادعى كـل منهمـا الاختصـاص و انـه له حلـف المقر انه ليس له فـان نكـل عن يمين أحـدهما اختص؟؟؟؟ حلف لهما معا اى حلف بأنه غير مختص بأحدهما اقتسـماه و من هنا يسـتبين لك الخلل فيما ذكرته المجله فى آخر هـذه الماده بقولها: و ان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعـدم كون المال له فان نكل عن يمين الاثنين يكون المال مشتركا بينهمـا و ان نكـل عن يمين أحـدهما يكون ذلـك المـال مسـتقلا لمن نكـل عن يمينه و ان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما و يبقى المال المقر به فى يده (انتهى) و وجه الفساد فيه واضح فإنه إذا حلف للاثنين فاما ان

يحلف انه غير مختص بأحدهما بل مشترك فاللازم ان يقتسماه كما ذكرنا و ان حلف انه ليس لهذا حق فيه و لا للآخر فهذا إنكار بعد الإقرار و من قبيل تعقيب الإقرار بما ينافيه فيلزم بإقراره الأول انه لهما و على كل تقديره فلا وجه للحكم بإبقائه فى يده بل ان حلف لهما أو نكل فالمال مشترك بينهما أخذا بإقراره المتقدم نعم لو حلف لأحدهما و نكل عن الآخر اختص به الذى لم يحلف له على تأمل فيه أيضا

الباب الثانی فی (بیان وجوه صحه الإقرار)

(۱۵۷۹) کما یصح إقرار المعلوم کذلک یصح إقرار المجهول أیضا و لکن کون المقر به مجهولا الی آخرها،،،

الإقرار بمجهول لا- تصح الجهاله فیه کالبیع و الإجاره و نحوهما هو أیضا من افراد الإقرار بمبهم یلزم المقر بتفسیره لا انه یلغو تماما کما تقول المجله، فلو قال اشتریت هذه الدار من زید بثمن لم أدفعه ألزمه الحاکم ببیان مقدار الثمن أو یأتی البائع ببینه علی المقدار الذی یدعیه فیلزم المقر به فان لم تکن بینه و امتنع عن البیان بحبس أو تنزع الدار من یده کل ذلک بمراجعه الحاکم الشرعی و تقریره، و ما أدری إذا أقر بالبیع و الشراء لما ذا لا یجبر علی بیان الثمن و إذا أقر بالسرقه أو الأمانه یجبر علی بیان الامانه المجهوله و المال المسروق؟ و لما ذا اختلف الحکم مع وحده الملاک؟ و اما لو قال بعت لفلان شیئا أو استأجرت

منه فإنما لا يصح إقراره و يلغو حيث لا تكون خصومه اما إذا ادعاء المقر له فاللازم ان يلزمه الحاكم بتفسيره أيضا لا محاله

ماده (۱۵۸۰) لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له و لكن يكون مردودا برده الى الآخر،،

الإقرار اما ان يكون بعين أو بدين اى كلى فى الذمه فإن كان بعين و لم ينكرها المقر له أخذها طبعا و ان أنكرها لم تدخل فى ملكه و تنزع من يد المقر لاعترافه بأنها ليست له و تصير مجهوله المالك مرجعها الحاكم الشرع، و ان أقر بدين لشخص فان صدقه أخذه و ان أكذبه سقط الدين و لم يكن لإقراره أثر نعم إذا كان المقر يعتقد فيما بينه و بين ربه انه مديون لذلك الشخص و انما أنكره لجهله أو نسيانه فالواجب عليه ان يدسه فى أمواله فان لم يوصله فى حياته دفعه الى ورثته بعد مماته و لو دفعه لحاكم الشرع مع شرح الحال له برأت ذمته، و قول المجله انه مردود برده على إطلاقه غير صحيح

ماده (۱۵۸۱) إذا اختلف المقر و المقر له فى سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعا لصحه الإقرار) إلخ،،

يختلف الحكم هنا باختلاف عباره المقر و أسلوب البيان فيها فلو قال لك على الف هى ثمن المبيع فقال المقر له بل هى قرض لى عليك لزمه الالف و لا يقدح الاختلاف فى السبب بينهما، اما لو قال ابتعت منك كتابا و فى ذمتى لك ألف هى ثمنه فقال لا ما بعتك شيئا و لكنى أقرضتك ألفا فيمكن ان يقال هنا ان المقر له لا حق له فى

إلزام المقر بالألـف- فـان الألـف التى اعترف بها المقر أنكرها و القرض بالألف دعوى يـدعيها يحتاج إلى إثباتها غايته ان المقر ملزوم فيمـا بينه و بين ربه ان يـدفع الألف إلى حسب اعتقاده و لو بان يدسـها فى أمواله أو يـدفعها له بعنوان الهـديه ظاهرا! فقول المجله:

فلاـ يكون اختلافهمـا هـذا مانعا من صـحه الإقرار- على إطلاقه غير صـحيح (۱۵۸۲) طلب الصـلح عن مـال يكون بمعنى الإـقرار بـذلك المال و اما طلب الصـلح عن دعوى مال فلا يكون بمعنى الإقرار بـذلك المال الى آخرها،،، ما ذكر فى هـذه الماده قوى متين كـالمتكرر فى ماده (۱۵۸۳) إذا طلب أحـد شـراء المال فى يـده من آخر- يكون قـد أقر بعدم كون المال له،،، فإنه و ان لم يصـرح بان المال ليس له و لكنه من قبيل ما يقال: الكنايه أبلغ من التصـريح و قد تكون الدلاله على الشـى ء بلازمه أدل عليه من الدلاله عليه بنفسه فليتدبر،،، ماده (۱۵۸۴) الإقرار الذى علق بالشرط باطل الى آخرها،،، ذكر فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم انه لو علق الإـقرار على شـرط بطـل فلو قـال لـك فى ذمتى ألف ان شـئت أو ان شاء زيـد أو ان شاء اللّه كان الإقرار فى الجميع لغوا إلا فى الأخير إذا قصد محض التبرك و العاده، ثم اختلفوا فى مثل: لك على الف ان شـهد زيد، أو ان شـهد زيد بالألف فهو صادق، و الأقوال فى مثل هذا الفرع أو الفرض ثلاثه (۱) الصحه مطلقا نظرا الى ان الإقرار إخبار جازم عن حق لازم فى السابق و الحق

لو لم يكن ثابتا فى السابق لا تصيره شهاده زيد ثابتا فهو إذا ثابت باعترافه شهد زيد أم لم يشهد و حاصله الأخذ بالإقرار و إلغاء قيده نظير تعقيب الإقرار بما ينافيه كما سيأتى (۲) يلزم بإقراره ان شهد زيد لأنه إقرار على هذا التقدير و فساده واضح يظهر من سابقه (۳) البطلان مطلقا و لعله الأصح ضروره ان الإقرار إخبار جازم و مع التعليق لا جزم فلا إقرار و لعله قصد بتلك الجمله شبه التعليق على المحال لاعتقاده ان زيدا لا يشهد ابدا و لا يقدح بهذا شهادته بعد لو شهد فتدبره ثم يظهر من بعضهم الاتفاق على صحه الإقرار لو علقه على أمر محقق الوقوع كأول الشهر و طلوع الشمس غدا و أمثال ذلك و لعل وجهه عندهم انه باعتبار كونه محقق الوقوع فلا تعليق حقيقه إذ التعليق الحقيقى انما يكون على أمر يحتمل وقوعه و يحتمل عدمه لا على الأمر الواقع لا محاله، و يندفع هذا بان تحقق الوقوع لا ينافى التعليق ضروره انه من الأمور القصديه فلو قصد ان اعترافى بالحق معلق على هذا الأمر المحقق اى عند وقوعه أكون مقرا اما فعلا- فلست بمقر كان هذا هو التعليق بعينه و حقيقته، نعم لو ظهر منه بقرينه حال أو مقال يريد انه معترف فعلا بألف له مثلا و لكن وقت استحقاقها و دفعها أول الشهر أو عند طلوع الشمس صح ذلك و الزم بأدائه فى ذلك الوقت اما لو خلا- من القرينه فهو باطل، و على فرض قيام القرينه و الحكم بالصحه فإنما يصح فى مثل له على الف أول الشهر لا فى المثال الذى ذكرته المجله و هو: ان اتى ابتداء الشهر الفلانى فإنى مديون لك بكذا

فإنه باطل لا محاله لأن المـديونيه لا معنى لتأجيلها إلى أول الشـهر بل المعقول ان تكون المـديونيه فعلا و اسـتحقاق الدفع يكون أول الشـهر اما لو نصـبت قرينه على اراده ذلك فالعبره حينئـذ بها لا بهـذا اللفظ فإنه مبائن لـذلك المعنى و أجنبى عنه تماما فإنه إقرار فاسد و لفظ مختل فتدبره و اغتنمه.

ماده «۱۵۸۵» الإقرار بالمشاع صحيح الى آخرها.

لا ريب أن الإشاعه لا تمنع من صحه الإقرار و لكن قيد: ثم توفى المقر قبل الإقرار و التسليم- قيد توضيحى و محقق للموضوع إذ بعد الإقرار و التسليم قد انتهى كل شى ء فتدبره

ماده (۱۵۸۶) إقرار الأخرس بإشارته المعهوده معتبر

و لكن إقرار الناطق بإشارته لا تعتبر مثلا لو قال للناطق الى آخرها.

إمـا إشـاره الأخرس فلا إشـكال فى أنها تقوم مقام كلامه فى كل مقام مع الإفهام، إما إشاره المتمكن من الكلام فظاهر أصـحابنا عـدم الاكتفـاء بها فى العقود و لا سـيما فى عقود المعاوضات أو المغابنات و كـذا فى الإيقاعات كالطلاق و العتق و نحوهما، أما الإقرار فحيث انه خـارج عن القسـمين لـانه من نوع الاخبـار لا الإنشاء و لـذا صـرح بعض فقهائنا الأساطين بأنه لا يختص بلفظ و يصـح بالإشـاره المعلومه و يظهر منه الاتفاق عليه عنـدنا و وجهه واضـح فإنه لو سـئل هل لفلان عليك دين بألف فخفض رأسـه مشيرا به عن قوله نعم بحيث علم ذلك منه أو حصل الاطمئنان العادى صدق عرفا انه أقر بألف و يشمله

عموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و العجب من أرباب المجله حيث اكتفوا بالإشاره و الكتابه فى جمله من العقود كما مر عليك الأجزاء المتقدمه و لم يكتفوا بها هنا مع أنها أولى بالصحه و أحق لوجوه لا تختفى على المتأمل فليتدبر.

الباب الثالث فى بيان أحكام الإقرار،

اشاره

و يشتمل على ثلاثه فصول

الفصل الأول فى بيان الأحكام العموميه

ماده (۱۵۸۷) يلزم الرجل بإقراره

- و لكن إذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لإقراره حكم و هو انه إلى آخرها.

هذه الماده مضافا الى تعقيدها عباره مختلفه معنى و حكما، و حاصلها ان إقرار المرء نافذ عليه الا إذا حكم الحاكم بما يخالف إقراره فلو ان إنسانا بيده عين أقر أنه اشتراها من زيد و هى له فادعاها شخص و اثبت عند الحاكم انها له دفعت الى الشخص المحكوم له و رجع

على البـائع بثمنه و لا ـ يلزم بـإقرار انها له لأن إقراره بطل بحكم الحاكم،،، و هاهنا موضع الوهم فان المرء مؤاخـذ بإقراره و حكم الحاكم لا ينفـذ عليه لانه خارج عن الـدعوى فلا هو مـدع و لا مـدعى عليه و هو يعتقـد بعدم صـحه حكم الحاكم فالواجب عليه ظـاهرا و واقعا ان بمضـى على اعتقاده و لا يرجع بالثمن على البائع كما لو غصب العين منه غاصب أو تلفت بأحـد أنواع التلف و البائع قـد خرج عن العقـده بتسـليم العين إلى المشترى المقر انها ملك البائع و ان الحاكم قـد اشـتبه فى حكمه فما معنى الرجوع! نعم لو حكم الحاكم و أخـذت من البائع قبل تسـليمها إلى المشترى ينفسـخ البيع قهرا لعدم قدره البائع على التسـليم قهرا و المانع الشـرعى كالمـانع العقلى و كـذا لو سـلمها و قصـر فى الـدفاع عنها أو اعترف للمـدعى انها له لانه قـد سـبب الإتلاف و لكنه هنا يضمن البدل مثلا أو قيمه لا الثمن فتدبره جيدا فإنه من التحقيقات الثمينه.

ماده (۱۵۸۸) لا يصح الرجوع عن الإقرار فى حقوق العباد،،،

هـذا غنى عن البيـان إذ لا ـ معنى لنفوذ الإـقرار إلا ـ عـدم قبول الإنكـار و الا كان وجوده كعـدمه نعم لو أبـدى المقر وجهاً معقولًا لإـقراره و انه أخبر بخلاـف الواقع لغرض مقبول يحلف على ذلـك و يبطـل اقرأه، كمـا لو أقر بالبيع و قبض الثمن لأجل تسـجيل الشهود فى الورقه (و هو المعوف برسم القباله) و كان إقراره قبل القبض لا تمام

الورقه و قبض الثمن بعد دفعها ففى مثل هذا لا يلزم بإقراره و يقبل إنكاره بيمينه و نظيره ما فى ماده (١٥٨٩) إذا ادعى أحد كونه كاذبا فى إقراره- يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا الى آخرها.

و لكن المتجه يمين المقر لا المقر له ضروره ان المقر له هو يدعى التسليم و الإقباض لما تضمنه السند من الدين و المقر منكر فعليه اليمين على القاعده المشهوره من ان اليمين على من أنكر فليتدبر.

ماده (١٥٩٠) إذا أقر أحد لآخر الى آخرها،،

وجهها واضح فان المقر الأول أقر للثانى لا الثالث فلا سبيل للثالث الذى أقر له الثانى على المقر الأول.

الفصل الثانى فى بيان ففى الملك المستعار

ماده «١٥٩١» إذا أضاف المقر به الى نفسه فى إقراره يكون قد وهبه للمقر له الى آخرها، هذه الماده على ما فيها من التطويل الممل و التعقيد المخل، واهيه المعنى و المبنى، و حاصلها- ان المقر إذا قال أموالى التى بيدى هى لفلان يحمل كلامه هذا على إراده هبه أمواله إلى فلان و يلزمه تسليمها له و ان قال كافه الأموال المنسوبه لى هى

لفلان كان ذلك إقراراً بأنها لفلان يختص ذلك بالأموال الموجوده لا المتجدده فى الصورتين هذا كل ما هذه الماده التى تزيد على صفحه و كلها تكرير أمثله لا حاجه إليها، و تحرير هذا الموضوع و ما يتشعب على أصله من الفروع- انه لو أقر لغيره بعين أو بمال و لم يضفه الى نفسه فهو إقرار صحيح اتفاقا و لا حاجه الى ذكره و التعرض له أصلا إنما الكلام و البحث فيما لو أقر لغيره بعين أضافها إلى نفسه فقال دارى أو أموالى لفلان و هذا الفرع محرر فى كلمات فقهائنا رضوان اللّه عليهم و يظهر من الشهيد الثانى فى روضته نسبه بطلان مثل هذا الإقرار إلى المشهور لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين على مال واحد و الإقرار يقتضى سبق ملك المقر له على وقت الإقرار فيجتمع النقيضان ثم قال: و الأقوى الصحه لأن التناقض انما يتحقق مع ثبوت الملك لهما فى نفس الأمر اما ثبوت أحدهما ظاهراً و الآخر فى نفس الأمر فلا، و نسبته الى نفسه يحمل على الظاهر فإنه المطابق لحكم الإقرار إذ لا بدّ فيه من كون المقر به تحت يد المقر و يقتضى ظاهراً كونه ملكا لهو الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسه مثل لا تخرجوهن من بيوتهن و كوكب الخرقاء و لا ينافيه إقراره بأنه للغير واقعا و الحمل على الإقرار الصحيح يقتضى ذلك و يكون قرينه عليه لو لم يكن الكلام دالا عليه بنفسه انتهى ملخصا، و هذه المناظره كما تراها قويه جدا و القول بالصحه من جهتها متعين.

اما- ما ذكرته المجله من انه هبه فهو من التخاليط أو الاغاليط

المتوفره فی هـذا الکتاب فإن الهبه إنشاء و الإقرار اخبار، و الإنشاء و الاخبار علی طرفی نقیض و حینئذ فحق الکلام فی المقام ان یقـال انه إذا قـال داری أو مالی لفلان فإن ظهر منه بقرینه الحال أو المقال انه یریـد إنشاء الهبه و التملیک کان هبه و هی متفرعه علی ملکیته أی ملکیه الواهب الحقیقه لا ـ الصوریه کمـا فی الإـقرار الـذی هو ضـد الهبه و إذا صار هبه فالتسـلیم غیر لازم بل بعد التسلیم تصیر لازمه کما عرفت فی محله من ان الهبه قبل القبض لیس لها أی أثر، و ان لم یظهر انه فی مقام الإنشاء یحمل الکلام علی الإقرار بالمعنی الـذی سـبق و بالتوجیه الـذی أفاده الشـهید قدس سـره و نسب الی الشـهید الأول أعلی اللّه درجته الفرق بین قوله ملکی لفلاـن و داری لفلان فحکم بالبطلان فی الأول و توقف فی الثانی و قوی عـدم الفرق و هو الحق فتـدبره، و بقیه مواد هذا الفصل واضحه.

الفصل الثالث فی بیان إقرار المریض

اشاره

یعنی المریض بمرض الموت و هو الذی مات فیه المقر أو الموصـی مطلقا فلو أقر أو اوصی فی مرض یموت الإنسان فیه غالبا ثم برئ و لم یمت به لم یجر علیه شی ء من تلک الاحکام کما فی ماده (۱۵۹۷)

إذا فلا- صحه لتعريفه بما فی المجله ماده (۱۵۹۵) مرض الموت هو الذی يخاف فيه الموت فی الأكثر الذی يعجز المريض فيه عن رؤيه مصالحه الخارجه عن داره ان كان من الذكور و يعجز عن رؤيه المصالح الداخله فيداره ان كان من الإناث و يموت على ذلک الحال قبل مرور سنه الى آخرها.

و كل هذه القيود و البنود لا- حاجه إليها و لا عبره بها بل المراد بمرض الموت كما عرفت- المرض الذی مات فيه قبل سنه أو بعدها عجز عن مصالح بيته أو لم يعجز مات قبل سنه أو بعدها، و على كل فالتصرفات الماليه من المريض لو مات فی مرضه لا يخلو اما ان تكون منجزه أو معلقه على الموت فالمعلقه على الموت هی الوصيه فإن حقيقتها انها تمليک مجانی بعد الموت و لا تنفذ الا- بمقدار الثلث فلو زادت توقفت على اجازه الورثه اما المنجزه فنوعان (معاوضه بثمن المثل) كبيع شی ء بثمنه أو إجاره كذلک و هو نافذ إجماعا (و محاباتی) كهبه أو وقف أو عتق أو بيع أو إجاره بأقل من ثمن المثل و هذا أيضا لا إشكال فی نفوذه انما الخلاف فی انه ينفذ من الأصل و يخرج الثلث من الباقی أو انه يخرج من الثلث فان زاد توقف على الإجازه كالوصيه،،، المشهور بين المتقدمين هو الثانی و انعقدت الشهره بين المتأخرين على الأول و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار و لا يبعد ترجيح أخبار الأصل المتضمنه ان الإنسان أحق بماله ما دام فی بدنه روح، هذا كله فيتصرفات المريض من بيع و عتق و هبه يعنی عقود

المجانيـات أو المغابنات اما اقرارات المريض بمرض الموت كما لو أقر انه باع داره قبلا أو انه مـديون أريـد بألف و أمثال ذلك لأجنبى أو وارث ففيه أقوال أصحها عند جماعه انه مع التهمه اى غلبه الظن بأن إقرار خلاف الواقع و انه انما يريد تخصيص المقر له بالمال المقر به حيث تشهد قرائن الأحوال بذلک كما لو أقر لزوجته الحظيه عنده أو ولده العزيز و أمثال هذا فحينئذ يخرج من الثلث و الا فمن الأصل و موضع الخدشه فيه لا يخفى فان حمله على الوصـيه التى هى إنشاء تمليک و الإقرار إخبار حمل للكلام على ضـد معنـاه و لو قيـل ان فرض الكلام فيمـا لو قـامت القرينه قلنـا ان القرينه لو قـامت فإنمـا تقوم على اراده التمليک الحالى المنجز لا ـ المعلق على الموت فى الثلث فجعله منجزا فى الثلث قول بلا دليل فاما وجه له و لا فرق فى هـذا بين ان يكون له وارث غير الزوجه أو لهـا وارث غير الزوج أو لا يكون فلا وجه لما فى ماده (۱۵۹۶) إقرار من لم يكن له وارث الى قولهـا: يعتبر انه نوع وصـيه، و قد عرفت تباين الوصيه مع الإقرار فكيف يحمل أحدهما على الآخر و قول أصحابنا أقرب الى التعقل حيث حملوه على الوصـيه و انـه يخرج مـن الثلـث مـع التهمـه فجعلـوا التهمه كقرينه على اراده التمليـک المجـانى المنجز و لكن حيث ان منجزات المريض المحاباتيه تخرج عندهم من الثلث كانت كالوصيه و يدل على هذا اى الخروج من الثلث مع التهمه اخبار تصلح للحجيه (و الخلاصه)

على هـذا ان الإقرار مع التهمه من الثلث و بـدونها من الأصـل و لاـ ينافيه اختيار ان المنجزات من الأصل إذ لا مانع من ان يكون للإقرار حكم خاص فى مرض الموت.

ماده «۱۵۹۸» إذا أقر أحد فى مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفا على إجازه باقى الورثه.

قد ظهر لك مما سبق انه لا توقف على الإجازه إلا مع زياده المقر به على الثلث و تحقق التهمه اما لو نقصت عن الثلث أو زادت و لاـ تهمه فلا حاجه الى اجازه الورثه بل يلزم العمل بإقراره أجازوا أم لا و لا فرق فى هـذا بين كون الإقرار للوارث أو لغيره و لا بين الامـانه و غيرهـا و لاـ بين أمانته عنـد الوارث أو أمانه الوارث و كل ما ذكر فى هـذه الماده فضـله من الكلام نعم الجديـد أو المفيـد فيهـا ان الورثه إذا صـدقوا فى حيـاه المقر ليس لهم الرجوع و هـذا صـحيح و لكن التقيـد فى الحيـاه لاـ وجه له فـإنهم لو صدقوه بعد موته أيضا لا رجوع لهم.

ماده «۱۵۹۹» المراد من الوارث فى هذا المبحث هو الذى كان وارثا للمريض وقت وفاته – الى آخرها.

حاصـله ان المـدار فى الوارث على الوارث وقت الإقرار لاـ وقت الموت فـإذا أقر فى مرضه لأجنبيه ثم تزوجها قبل الموت يكون إقراره لهـا نافـذا لأنهـا لم تكن وارثه وقت الإقرار، اما لو كان سـبب الإرث قـديما كما لو أقر لأخيه فى المرض و للمقر اين مات قبل أبيه و صار الميراث للأخ لا ينفذ الإقرار لأن سبب الإرث و هو الاخوه قديم اى

حاصل وقت الإقرار، و كل هذا تحكم و تحرض لا دليل عليه و لكن حيث ان هذا الحكم اعنى عدم نفوذ الإقرار للوارث إلا بإجازه باقى الورثه ساقط عندنا من أصله فلا داعى لإطاله البحث فيه و الأصح فى نظائره على الوارث حال الموت لا حال الإقرار فليتدبر.

و على هذا الملاك بنى ما فى ماده «۱۶۰۰» إقرار المريض حال مرض موته بالإسناد إلى زمان الصحه فى حكم الإقرار فى زمان المرض الى آخرها.

فان المدار فى الإقرار ملاحظه حاله لا حال الصحه و هو هنا صحيح و فى الأول عليل.

ماده (۱۶۰۱) إقرار المريض بعين أو دين لأجنبى يعنى لمن لم يكن وارثه فى مرض موته صحيح الى آخرها.

عرفت ان هذا على إطلاقه ممنوع و انما يصح حيث لا تهمه أما معها فلا، اما حمل إقراره على الهبه أو الوصيه فقد عرفت ان صيغه الإقرار تأباه لأنه اخبار و هما إنشاء نعم لو قامت القرائن القطعيه على إرادته ذلك نفذ إقراره و لكن من الثلث أو الأصل كل فريق على مختاره.

ماده (۱۶۰۲) ديون الصحه مقدمه على ديون المرض

يعنى تقدم الديون التى تعلقت بذمه من كانت تركه غريمه فى حال صحته على الديون التى تعلقت بذمته فى مرض موته بإقراره و هو انه تستوفى ديون الصحه منتركه المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت

فضله- الی آخرها.

موضوع البحث فی هذه الماده هو المدین الذی استغرقت دیونه ترکته أو زادت، و حق التحریر فیه انتقال ان من استغرقت دیونه ترکته اما ان یکون مفلساً ای حکم الحاکم بحجر أمواله ثم مرض مرض الموت و أقر بعین أو دین أو استقرض بعد الفلس و مات فلا- إشکال فی ان الغرماء المتقدمین علی الحجر یختصون بوفاء دیونهم من الترکه فإن زاد شی ء فهو للمتأخرین و لا اثر لمرض الموت فی هذا الحکم بل یجری حتی فی الصحیح إذا حجر علیه و مات أو اقتسم الغرماء أمواله فی حیاته فان دیونه المتجدده تبقی فی ذمته و علی أمواله المتجدده و لا- یشارکون الغرماء السابقین و اما إذا لم یحجر علیه بحکم الحاکم فتقدیم دیون الصحه علی دیون المرض الثابته المحققه استحسان محض لا- دلیل علیه سواء کان الثبوت بإقراره الخالی من التهمه أو بسبب آخر و سواء کان الإقرار فی زمن الصحه أو المرض و فی مرض الموت أو غیره و سواء کان الإقرار بعین أو دین و بالجمله فالدیون بته کلها سواء فی مرتبه واحده لا فرق بین ما کان منها فی زمن الصحه أو فی زمن المرض بإقرار أو بحجه اخری، کلها تخرج من الترکه ان وفت بها و ان لم تف وزعت علی الغرماء بالنسبه کما فی المفلس و لا یخرج من ذلک إلا الإقرار بعین أو دین مع التهمه فتدبره و اغتنمه.

و علی الأصل الذی اعتمدوا علیه فی هذه الماده بنوا

ماده «۱۶۰۳» إذا أقرا أحد فی مرض موته بكونه قد استوفی طلبه الذی فی ذمه أجنبی

ينظر الى ان هذا الطلب تعلق بذمه الأجنبی حال المرض أو حال الصحه- إلی آخرها.

تحرير هـذا البحث ان من أقر بوصول حق له ثبت بتصـرف مـالی علی غيره فلاـ يخلو اما ان يكون تصـرفه كبيع أو قرض و إقراره معا فی حال الصحه و اما ان يكونا معا حال المرض أو يكون التصرف حال الصحه و الإقرار حال المرض أو العكس أما (الاولی) فلا إشكال فی نفوذ إقراره و لا يتوقف علی اجازه الغرماء لو كان له غرماء و لا علی غيرهم و اما (الثانيه) فقد حكمت المجله فی هـذه الماده بأنه يصح إقراره و لكن لا ينفـذ فی حق غرماء الصـحه ثم فرقت بين هـذه و بين الصوره الثالثه فحكمت فيها بصحه الإقرار علی كل حال و ان كان له غرماء صـحه و ليس لهم ان يقولوا لا نلزم بإقراره هذا، و لعل وجه الفرق عندهم بين الصورتين ان الغرمـاء عنـد مرض المـديون يتعلق لهم حـق فی أمـواله فتصـرفه بـالبيع أو القرض و نحوهمـا يكون فی متعلق حقهم و إقراره بوصول عوضه اليه موقوف نفوذه علی تصديقهم أو قبولهم فلهم ان لا يلتزموا بهذا الإقرار بخلاف الصوره الأولی فإن حق الغرماء فی حـال الصـحه فی ذمه المـديون لاـ فی أمواله فينفـذ إقراره و لعلك تفطنت الی وجه الخـدشه فيه فان المرض إذا كان يوجب تعلق الغرماء فی أموال المـديون فاللازم تعلق حقهم حتی لو كان التصـرف حال الصـحه فإن المدار علی الإقرار لا علی التصـرف فإقراره بوصول الحق

إليه فی حال مرضه يوجب النقص عليهم حيث لا يكون موجودا معلوما و على كل فالتفرقه لا تخلو من نظر أما (الرابعه) فهی كالأولى واضحه قطعيه الصحه لأن التصرف حال المرض المتعقب بالصحه لا يبقى له اثر و ينفذ تصرفه و إقراره إذ المرض الموجب للحجر أو لتعلق حق الغرماء هو مرض الموت لا الذی تعقبته الصحه فليتدبر.

ماده (۱۶۰۴) ليس لأحد ان يؤدی دين غرمائه فی مرض موته و يبطل حقوق باقيهم،،،

يريدون بهذه الماده معنى قصرت العباره عن أدائه و هو انه إذا قصرت أموال المريض عن ديونه فليس له ان يدفع لواحد منهم تمام دينه و يجعل النقص و الخسران على الباقين بل لا بدّ من توزيع النقص على الجميع نعم لو كان فی أمواله عين اشترها و لم يدفع ثمنها فصاحبها أحق بها و له ان يختص فيها كما سبق فی محله، اما قولهم فی هذه الماده: و لكن له ان يؤدی ثمن المال الذی اشتراه أو القرض الذی استقرضه حال كونه مريضا فهو واضح الضعف لأن الأموال ان كان فيها سعه فله دفع هذا الدين و غيره و ان كانت قاصره تساوی الجميع بها فتدبرها بإمعان و باللّه المستعان.

ماده (۱۶۰۵) الكفاله بالمال فی هذا المبحث فی حكم الدين الأصلی إلى آخرها.

هذا مبنی على ما تقدم منهم من الحكم الغريب المجازف و هو ان الإقرار للوارث فی المرض لا ينفذ و الإقرار للأجنبی نافذ من الثلث

و قـد قلنـا انه إذا كـان النفوذ من الثلث فنفوذه للوارث اولى و الأـقربون اولى بـالمعروف و الأصـل فى هـذا عنـد فقهـاء الجمهور النبوى المشـهور فى كتـاب الوصايا و الفرائض: ان اللّه قـد فرض لكل ذى حق حقه ألا لا وصـيه لوارث، و المراد منه على فرض صحته رفع الوجوب لا الجواز كما سيأتى فى محله ان شاء اللّه.

الباب الرابع فى (بيان الإقرار بالكتابه)

ماده (۱۶۰۶) الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان

انظر ماده (۶۹) الكتابه اما ان يحص العلم منها للحاكم أو الشاهـد أولا ففى صوره عدم حصول العلم أو الظن المتاخم لا عبره بها قطعـا و فى صوره حصول العلم امـا ان يحصـل العلم بأنها خط فلان و توقيعه فقط من دون ان يحصل العلم بما اشـتملت عليه من بيع أو إقرار بدين أو عين أو نحو ذلك أو يحصل العلم بأنها خطه و ان ما فيها حق مطابق للواقع ففى الصوره الأولى أيضا لا عبره بها كالتى قبلها كما لا إشكال فى اعتبارها و العمل عليها فى الصوره الأخيره و من هنا ظهر ان شهاده

الشـهود ان هذا خط فلان و توقيعه لا تجدی ما لم يشهدوا على نفس الواقعه التى تضمنتها الكتابه و ظهر أيضا عدم صحه إطلاق المجله ان الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان و الفرق بينهما عنـد أرباب القرائـح جـدا واضـح، فتأمله تجـده ان كنت من اهله و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (۱۶۰۷) إذا أمر أحـد كاتبـا هو إقرار حكمـا بناء عليه لو أمر أحـد كاتبا بقوله: اكتب لى سـندا- الى آخرها.

هـذا خارج عن الإقرار بالكتابه و خلط فى الموضوع فإن الإقرار بالكتابه هو الخالى من لفظ أصـلا اما الفرض المـذكور فهو إقرار باللسـان حقيقه لاـ حكمـا فـإنه قـال انى مـديون (غايته) انه سـجل إقراره و أمر بكتبه و هـذا لا يخرجه عن الإقرار القولى كما هو واضح.

ماده «۱۶۰۸» القيود التى هى فى دفاتر التجار المعتـد بها هى من قبيل الإقرار بالكتابه أيضاً مثلا لو كان أحـد التجار قد قيد فى دفتره إلخ.

هـذا ثـابت فى المعاملات التجاريه و فى عرف التجار اما عنـد الشـرع و حكام الشـرع فالمـدار على ما ذكرنا من ان الكتابه إذا لم يحصـل منهـا العلم فلاـ اعتمـاد عليها نعم لا مانع من إرجاع مثل هـذه القضايا الى عرف التجار ليحكموا بها فيما بينهم على سبيل التراضـى من دون تدخل الشـرع فيها، و مما ذكرنا يظهر الحق الصـريح و الحكم و الصـحيح فى ماده (۱۶۱۰) إذا أنكر من كتب سندا أو استكتبه و أعطاه ممضى أو مختوما الدين الذى حواه فلا يعتبر إنكاره إلى آخرها.

فإنه انما لا يعتبر إنكاره إذا كان خطبه و ختمه مشهورا متعارفا لو حصل العلم من خطه بوقوع ما اشتمل عليه الخط اما لو قطعنا بأنه خطه لكن لم يحصل لنا العلم بوقوع البيع منه واقعا مثلا فلا وجه لرد إنكاره ضروره ان الإنسان قد يكتب معامله قبل وقوعها ثم يعدل عنها و ملاك القضيه هنا و فى نظائرها ان الأصل فى المعاملات عندنا انها لا تنعقد إلا بالإنشاء اللفظى فلو أنشأ البيع بالكتابه من دون لفظ لم ينعقد البيع و كذا سائر العقود بل و الإيقاعات و مثلها الإقرار غايته انه فى العاجز عن التكلم يكفى الإشاره و كذا غير العاجز فى بعض الموارد التى يصدق عرفا انه أقر كما سبق ذكره اما الكتابه فلم يعتبرها الشرع عندنا و لا العرف، هذا كله مع الأمن من التصنع و التزوير فكيف مع عدمه و إذا لم يثبت الحق بالكتابه رجعت القضيه طبعا الى باب المدعى و المنكر فتدبره و اغتنمه، و مما ذكرنا يتضح الكلام فى ماده «١٦١١» إذا اعطى أحد سند دين حال كونه مرسوما الى آخرها، بل هى من قبيل سابقتها و ذكرها تكرار لا فائده فيه كما انک عرفت الحكم فى ماده «١٦١٣» إذا ظهر كيس مملو بالنقود فى تركه أحد محرر عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان و هو عندى امانه يأخذه ذلك الرجل من التركه و لا يحتاج إلى إثبات بوجه آخر،،، فإنما لا يحتاج إلى الإثبات إذا حصل العلم بالواقع أو الاطمئنان بصحه ما كتب بخطه اما لو لم يحصل العلم بذلك فلا أثر للكتابه و لو علمنا بكونها بخطه و توقيعه و لا سيما مع التهمه،

و الى هنا انتهت مواد

المجله المتضمنه لأحکام الإقرار الجدیره بالاعتبار،

و لکن بقی من مباحثه المهمه بحثان مهمان

اشاره

لم تتعرض المجله لشی ء منهما و نحن استیعابا للفائده نذکر موجزا من البحثین

[البحث الأول] فی الإقرار بالمبهم

اشاره

و هو نوعان-

الإقرار بلفظ مبهم

مثل له علی مال أو شی ء أو عین أو مال حقیر أو خطیر أو یسیر و إضراب ذلک من المفاهیم العامه المتردده بین القلیل و الکثیر، و حکم هذا النوع انه یلزم بالتغیر فان فسره بما له مالیه و لو قلیله قبل منه و ان امتنع عن التفسیر أو فسره بما لا مالیه له حبس حتی یبین و لو قال له علی حق ثم فسره بحق العیاده أو حق الجوار و نحو ذلک قیل یقبل منه و قیل لا- لان تلک الوجوه و ان أطلق علیها فی الشرع انها حقوق لکن المتبادر عرفا من الحق الحقوق المالیه و الأولی أو الأحوط رعایه المقامات فإنها تختلف باختلاف الأشخاص و الزمان و قرائن الأحوال و المرجع فی أمثال ذلک الی حاکم الشرع الخبیر بالعرف و أسالیب البیان،،

[الثانی] الإقرار بالعدد المبهم

کما لو قال له علی کذا درهم بالجر أو بالرفع أو بالنصب أو السکون الزم بواحد فالجر علی الإضافه البیانیه و الرفع علی البدلیه و النصب علی التمییز و السکون علی واحد من هذه الوجوه و أشکل باحتمال اراده الجزء فعلی الجر جزء درهم و هکذا فی بقیه الحرکات و یلزم بتعیین الجزء، و مثل هذا لو قال کذا و کذا درهما، و کذا کذا درهما و قیل فی هذین الإقرارین یلزم بأقل ما یوازنها من الاعداد أیضاً ففی المثال الأول یلزم بواحد و عشرین

درهما و فى الثانى أحد عشر درهما، و يحصل من ضرب صور الإقرارات الثلاثه بأنواع الحركات الأربع اثنى عشر صوره و الأقوال فيها ثلاثه الحمل على الدرهم أو جزء منه فى الجميع أو الحمل على أقل ما يوازنه من الأعداد كذلك أو إلزامه بالتفسير فيها اجمع، اما حمله على أقل ما يوازنه من الأعداد فهو و ان كان موافقاً لقواعد العربيه و لكن العرف لا يعرف ذلك و لا يلتزم به فى استعمالاته، فإلزامه بالتفسير فى جميع الإقرارات المبهمه عددا أو غيره أسد و أسلم.

البحث الثانى (فى تعقيب الإقرار بما ينافيه)

و هو أيضا نوعان [الأول] التعقيب بالاستثناء و له صورتان- استثناء من الجنس، و آخر من غير الجنس فان كان مستوعباً بطل مطلقا و الأصح الإقرار بالباقى و لو كان هو الأقل ان اتصل به عرفا و هو من النفى إثبات و من الإثبات نفى و عليه فلو قال له على مائه إلا تسعين لزمه عشره لانه نفى التسعين من المائه المثبته و لو قال الا تسعون لزمه المائه لأن [إلا] هنا وصفيه بمعنى غير لا استثنائيه يعنى مائه موصوفه بأنها غير تسعين و هى صفه مؤكده مثل نفخه واحده و لا تختص الا الوصفيه بالجمع المنكر كما قيل بل تصح فى غيره على

الأصح و ورودها بقوله تعالى (لَوْ كانَ فِيهِما آلِهَةٌ إِلَّا اللّهُ لَفَسَدَتا) لا يقتضى الاختصاص.

و لو قال ليس له على مائه إلا تسعون يلزمه التسعون لانه استثناء من المنفى و هو بمنزله ليس له على الا تسعون و لو قال مائه إلا تسعين لم يثبت شى ء لأن النصب لا يكون الا من الموجب و حيث لا إيجاب تعين كون النفى مسلطا على تمام الجمله يعنى ليس له على مائه خرج منها التسعون اى ليس له على عشره فلم يعترف بشى ء و لا أقل من الاحتمال و الأصل البراءه فلا شى ء عليه و لو تعدد الاستثناء فان كان بعاطف كما لو قال له عشره إلا أربعه و الا ثلاثه فالجميع الى المستثنى عنه فيلزمه الباقى سواء كان الثانى أقل من الأول أو أكثر أو مساويا نعم لو استوعب الجميع بطل ما به الاستيعاب كما لو قال له على عشره الا خمسه و الا خمسه بطلت الأخيره و لزمه خمسه و مثله لو قال له؟؟؟؟

الا خمسه و الا سبعه أو إلا سبعه و الا خمسه.

و ان لم يكن بعاطف و لا مساويا لما قبله و لا أزيد رجع كل تال الى ما قبله مثل له على عشره الا خمسه إلا ثلاثه فيلزمه ثمانيه و المرجع فى كل أمثله هذا الباب هى القاعده المتقدمه- الاستثناء من الإثبات نفى و من النفى إثبات فإنه أثبت العشره أولا فى المثال ثم نفى بالاستثناء منها خمسه ثم اثبت بالاستثناء الثانى منها ثلاثه فلزمه ثمانيه خمسه بالإثبات الأول و ثلاثه بالإثبات الثانى و هكذا مهما تعاقبت الاستثناءات بشرط ان لا يستوعب و لا ينفى شى ء فيبطل المبطل منها الأخير

أو الـذى قبله و الضابـط ان كـل زوج و إثبات و كل فرد نفى فتجمع الأزواج و تطرح منها الافراد أو بحسب الزائـد كما لو قال له على عشـره إلا تسـعه إلا ثمانيه إلا سبعه إلا ثلاثه فيلزمه خمسه و عليك بالتطبيق و التحقيق فإنه رشيق و ليس بغامض و لا دقيق و باللّه التوفيق.

هذا كله فى الاسـتثناء بالجنس اما الاسـتثناء بغير الجنس كما لو قال له على عشره دراهم الا ثوب فاللازم ان يطالب بتفسير الثوب و تعيين قيمته فان عينه بقيمه مستوعبه لم يقبل و ان فسره بما دون العشره قبل منه و الزم بالباقى.

هذا كله فى تعقيب الإقرار بالاسـتثناء اما تعقيبه بالإضراب بلفظ [بل] أو بغيرها كما لو قال له على مائه بل تسعون فإنه يلزم بالمائه و المرجع فى هذا الباب الى القواعد العربيه المتبعه فى هذه الأداه [بل] فإنها ان كانت بعد إيجاب جعلت الحكم لما بعدها و نفى ما قبلها مسـكوتا عنه و حيث ان الإقرار فى المثال المتقدم و أضـرابه قد تحقق و يكون الإضراب شبه إنكار و لا يقبل الإنكار بعد الإقرار لـذلك تعين الأخـذ بالأول و هو المائه و نفى ما بعـدها و هو التسـعون و الضابطه ان ما بعـدها ان كان داخلا فيما قبلها أو كان أكثر منه لزم الأكثر كما فى المثال المتقدم و مثله له على قفيز بل قفيزان أو درهم بل درهمان و ان كان مغايراً له بالتشخص أو الطبيعه كما لو قال له على درهم بل ثوب أو هـذا الدرهم بل هذا الدرهم لزمه الثوب و الدرهم فى الأول و الدرهمان و هكذا فى كل متباينين فى المقر به أو المقر له كما لو قال

هـذه الـدار لزيـد بل لعمرو فان الـدار تـدفع لزيد و يغرم قيمتها لعمرو و ان تغايرا بالإطلاق و التقييد كما لو قال له على درهم بل هـذا الـدرهم لزمه المعين و لو قال له على هـذا الـدرهم بل درهم لزمه المطلق اى درهم لعـدم المنافاه بين المطلق و المقيـد ففى الأول عين بعـد الإطلاق فيتبع و فى الثـانى أطلق بعـد التعيين و ليس هو إنكـار حتى يلغو بـل عـدول الى مـا ينطبق عليه فلا يلزم بالمعين.

كـل هـذا اتباعـا لأصول العربيه فى الاسـتثناء و فى الإضـراب ففى الأول لا يعتبر إنكـاراً مـا لم يسـتوعب بخلاف الثانى و ان لم يسـتوعب فقول القائل له على مائه إلا تسعين صحيح و يلزمه عشره و قوله له على مائه بل عشره باطل و يلزمه بالمائه لا بالعشره و الفرق بينهما من جهه الفرق بين الاداتين الا و بل لغه فتدبره، اما الإضـراب بغير [بل] كما لو قال له على عشره ثمن مبيع لم أقبضه أو له على عشـره دفعتها له فالمشـهور إلزامه بالعشره و سقوط دعواه الدفع أو عدم قبض المبيع و لهم فى ذلك بحث و خصام، و نقض و إبرام، ينتهى إلى أنه يؤخـذ بـإقراره و تطلب منه البينه على الـدفع أو على انه ثمن مبيع إذ كلامه يتضـمن إقراره و دعوى عين من أموال المقر له فيلزمه إثباتهـا و عنـدى فيه نظر نظراً إلى القاعـده المسـلمه من ان للمتكلم ان يلحق بكلامه مـا شـاء و ان الكلام لا ينعقـد له ظهور حتى ينتهى المتكلم منه أو يعرف انتهـاؤه بالسـكوت الطويل أو الانتقال الى موضوع آخر و على هـذا جرت قضيه الاستثناء و صح الإخراج سواء جعلناه قبل أو بعده و لا

ینقص بالإضراب فإنه یعد لغه و عرفا استیناف کلام و انتهاء من الکلام السابق و لذا لم یصححوا الإخراج فیه کالاستثناء فی له علی مائه بل عشره کما صححوه له علی مائه إلا تسعین و جعلوه إنکاراً بعد الإقرار، و علیه فیمکن منع کونه إقراراً یتضمن دعوی تحتاج إلی إثبات بل هو کلام واحد فاما ان یقبل کله أو برد کله و المسأله دقیقه تحتاج الی مزید تأمل و تتبع.

ص: ۷۹

الكتاب الرابع عشر (فی الدعوی)

اشاره

(و يشتمل على مقدمه و بابين)

المقدمه (فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالدعوی)

کان الاولی علی طریقه الفقهاء ان یعنون هذا الکتاب بکتاب (القضاء و الحکم) و هو التشریع السماوی الذی شرعه الحق لفصل الخصومات بین الخلق و حفظاً لنظام الهیئه الاجتماعیه. إذ لما کان من طبیعه هذا النوع أو سائر الأنواع الحیه تنازع البقاء المؤدی بالطبع غالبا علی الحرص و الأثره مضافا الی غریزه الجهل و النسیان و الغلط المستلزم کل ذلک تعادی البشر، و تمادی الشر و الضرر، صار من الختم الضروری ان تشرع قوانین لحسم تلک المشاجرات، و تخفیف تلک الویلات، و لا بد لتلک القوانین من مهیمن علیها و مضطلع بأعباء تطبیق کلیاتها

على مصاديقها و أنواعها على افرادها و جزئياتها، فالقوانين هی أحكام الدعوی و المضطلع بها المسيطر عليها هو الحاكم و القرآن المجيد هو الأصل فی تعيين الحكم و الحاكم و إلزام العمل بحكمه و الرجوع اليه:

يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ. و هذه الوظيفه هی خلافه اللّه فی أرضه، و إذ قال ربك إِنِّی جاعِلٌ فِی الْأَرْضِ خَلِيفَةً، ثم قال جل شأنه إلزاماً و خضوعاً و التزاماً بالعمل بحكم ذلك الخليفه: فَلا وَ رَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتّی يُحَكِّمُوكَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً، خَصْمانِ بَغى بَعْضُنا عَلى بَعْضٍ فَاحْكُمْ بَيْنَنا بِالْحَقِّ وَ لا تُشْطِطْ وَ اهْدِنا إِلى سَواءِ الصِّراطِ- إلی كثير من أمثالها و البحث فی هذا الكتاب يقع فی أركان الحكم و مقوماته و مقدماته و شروطه، و أركانه أربعه. الدعوی. و المدعی. و المدعی عليه. و الحاكم، و الحكم نتيجه كل ذلك، و حيث ان الدعوی هی؟؟؟ المقدمات لذلك بدأت بها المجله فقالت

الباب الأول فی (شروط الدعوی و أحکامها و دفعها

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان شروط الدعوی)

ماده (۱۶۱۶) یشترط ان یکون المدعی و المدعی علیه عاقلین.

هذا خروج عن العنوان فان العنوان لبیان شرائط الدعوی لا شرائط المتداعیین، و إنما شرائط الدعوی کونها معلومه لا مجهوله و جزمیه لا احتمالیه و أمثال ذلک نعم لا اشکال ان شرائط المتداعیین أصالهً تکون شروطاً للدعوی تبعاً و یظهر من هذه الماده عدم اعتبار البلوغ فی قبول الدعوی و یکفی کون المدعی ممیزاً و هو محل نظر و ظاهر أصحابنا الاتفاق علی اعتبار البلوغ فلا تسمع دعوی غیر البالغ مطلقاً و لکن بعد أن استدل السید الأستاذ (قده) لذلک بما دل من الاخبار علی ان

أمر الصبى لا- يجوز حتى يبلغ و بالإجماع قال: و لكن القدر المتيقن من الإجماع و غيره عدم سماع دعوى الصبى فيما يوجب تصرفاً فى مال أو غيره مما هو ممنوع منه و الا- فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل و القسط و نحوهما سماعها فى غير التصرفات كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما فى يده و أتى بشهود فلا دليل على عدم سماع دعواه انتهى، و هو كما ترى قوى متين و يتفق مع ما ذكرته (المجله) و لكنها أخلت ذكر باقى شرائط المدعى أو الدعوى مثل اشتراط كونه رشيداً فلا- تسمع دعوى للسفيه و إن كان بالغاً و لكن قيدها بعضهم بالمال اما لو تعلقت دعواه بغير المال كحق القذف و الجنايه و الزواج بل ترقى السيد رضوان اللّه عليه إلى سماع دعواه بالمال أيضاً لأن المسلم منعه من التصرف بالمال لا دعوى المال فإن أثبته دفعه الحاكم لوليه لا له و هو وجيه أيضاً (الشرط الثالث) و كون ما يدعيه لنفسه أو لموكله أو لمن له عليه ولايه أو كونه متعلق حصه من رهانه أو أمانه أو اعاره أو التقاط فلا تسمع الدعوى عن؟؟؟؟ بدون شى ء من تلك العلاقات نعم يجوز للأ-جنبى من باب الحسبه اقامه الدعوى كما لو ادعى شخص على صغار بدين على أبيهم بعد موته و الأجنبى يعلم بأن الأب قد دفع له دينه و له شهود على ذلك فله المدافعه كما له اقامه الدعوى فى صوره العكس و علمه أن لأب الأيتام ديناً على شخص إذ لا قصور فى العمومات عن شمولها لمثل ذلك (الشرط الرابع) ان يكون ما يدعيه امراً ممكناً فلا تسمع دعوى المحال عقلًا

أو عرفاً أو عادةً أو شرعاً (الخامس) ان يكون ملزماً بشی ء فلو ادعی علیه وقفاً أو هبه بلا قبض لم تسمع ضروره ان الوقف بلا قبض لیس له اثر یلزم به لو ثبت (السادس) ان یکون ما یدعیه مما یصح ملکه فلا تصح دعوی المسلم خمراً أو خنزیراً إلا فی مقام دعوی الاختصاص (السابع) أن یکون متعلق الدعوی معلوماً جنساً و نوعاً و وصفاً و قدراً فی المشهور فلو ادعی علیه ثوباً أو فرسا أو کتاباً لم تسمع و عللوه بعدم الفائده لو اعترف به و خالفهم جماعه فألزموا المدعی علیه بعد الثبوت بالتعین و الحلف علی عدم الأعلی منه أو عدم العلم بما زاد و إلا یؤخذ منه القدر المتیقن مقداراً أو فرداً من حیث الوصف أو القیمه و لو کان مردداً بین ما له قیمه و ما لیس له قیمه و فسره بالثانی قبل منه مع الیمین (الثامن) صراحه الدعوی فی استحقاق المدعی فلو قال هذه الدار کانت لی و هذا التمر من نخلی لم تسمع حتی یضم إلیها و هو الآن لی و مثله لو قال هذه الأمه التی بیدک بنت أمتی، قالوا و لذا لو أقر شخص بیده جاریه بأنها بنت أمتک لم یکن إقراراً له بالجاریه بخلاف ما لو أقر له بان هذا الدقیق من حنطته و هذا الغزل من صوفه و علیه فلو أقر له بذلک لزمه الإقرار و وجه الفرق بین النوع الأول من الدعوی فلا یسمع و بین الثانی فیسمع و کذا الإقرار یظهر بالتأمل و بعد معرفه وجه الفرق بین المقامین علی حقیقته یندفع إیراد السید الأستاذ علی ما ذکروه فلیتدبر (التاسع) ان یکون للمدعی طرف توجه إلیه المخاصمه فلو لم

يكن طرف موجود فعلًا و أراد إثبات موضوع بإصدار الحكم له من الحاكم ليكون دافعاً لدعوى محتمله لم يجب على الحاكم سماعها فلو سمعها لم ترتب على حكمه فلو ادعى المدعى تعاد الدعوى من رأس و استقرب السيد (قده) سماعها و ترتب الأثر على حكمه لو حكم و انه لا يجوز و هو محل نظر و لا يقاس هذا على الحكم بالهلال و الحدود التى لا خصومه فيها فليتدبر (العاشر) الجزم فى الدعوى فلا تسمع الدعوى الظنيه و الوهميه على المشهور و خالفهم جماعه فأجازوا سماع الاحتماليه فضلًا عن الظنيه و فصل آخرون بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقه و نحوهما و عن بعض تخصيص السماع بصوره احتمال الإقرار أو وجود البينه إذا ادعى المدعى أحدهما فإن حصل أحدهما نظرها الحاكم و إلا سقطت طبعاً و قد تمادى الجدال و تدافع بينهم الاستدلال فى هذا المجال، و الأوجه عندى فى أمثال هذه القضايا أن ترد الى نظر الحاكم فإن ظهر له من الخصوصيات المقاميه و القرائن الحاليه ان فى ردها تضييع حق أو مشايعه باطل لزمه سماعها و إن وجدها واهيه بحد ذاتها و إنها لا تنتهى إلى غايه تركها، و قد ورد فى جمله من أحاديث أهل البيت سلام اللّه عليهم ما يدل على جواز الاستحلاف على التهمه كخبر بكر بن حبيب قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام أعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه فقال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه و فى خبر آخر لا يضمن القصار الا ما جنت يداه و إن اتهمته أحلفته، نعم لا يمكن هنا رد اليمين على المدعى لعدم جزمه فيقضى

بمجرد النكول أو توقف الدعوى و لا يقدح فى تعميم حكمها ورودها فى مورد اليد المقتضيه لوحده الملاک و للأصحاب، هنا بحوث عريضه طويله فليراجعها من أرادها.

(الحادى عشر) تعيين المدعى عليه فلو ادعى على أحد الشخصين أو الأشخاص مرددا و لم تسمع كما لو قال لى كذا على زيد أو على عمرو على الترديد لم تسمع لعدم الفائده بذلك لو ثبت اعترافهما بان قالا نعم أخذ عليه ذلك الدين و لا يعلم التعيين فإنه لا يثبت الحق على أحدهما لجريان الأصل فى جعل كل واحد منهما و يمكن ان يقال بالسماع و الرجوع الى القرعه أو التوزيع بينهما لدفع الضرر أو المصالحه جمعا بين الحقوق نعم لو كانت الدعوى على غير محصورين سقطت قطعا و مثله الكلام مع الترديد فى المدعى بان قال شخصان ان لأحدنا حقا عليك.

(الثانى عشر) يشترط فى سماع الدعوى حضور المدعى عليه فلا تحسم الدعوى بالحكم القطعى نعم يجوز سماع الدعوى على الغائب فى سفر أو غيره قريبا أو بعيدا و لكن لو قامت الحجه لا يحكم حكما قطعيا بل الغائب على حجته كما سيأتى فى محله إن شاء اللّه.

و فى خبر جميل الغائب يقتضى عليه إذا قامت عليه البينه و يباع ماله و يقتضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء إذا لم يكن مليا نعم فى خبر آخر لا يقضى على غائب و المراد به لا يقضى عليه قضاء قطعيا

حاسما لان الدعوى عليه لا تسمع و البينه لا تقبل.

هـذا ذرو من القول أو ذروه من ذروه مما ذكره فقهاؤنا فى شرائط صحه سماع الدعوى ذكرناها موجزه كرءوس أقلام و قد أخلت (المجله) بأكثرها و منه تجد الفرق بين الفقاهتين أو الثقافتين و اللّه ولى توفيق الجميع،،، و الى الشرط الحادى عشر أشارت المجله فى ماده (۱۶۱۷) يشترط ان يكون المدعى عليه معلوما الى آخرها.

و الى الثانى عشر أشارت بماده (۱۶۱۸) يشترط حضور الخصم حين الدعوى الى آخرها و الى السابع بماده (۱۶۱۹) يشترط ان يكون المدعى به معلوما و لا تصح الدعوى إذا كان مجهولا،،، و الى الرابع بماده (۱۶۲۹) يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت الى آخرها،،، و الى الخامس بماده (۱۶۳۰) اما ماده (۱۶۲۱) إذا كان المدعى به عينا منقولا و حاضرا بالمجلس يدعيه المدعى بقوله هذا لى مشيرا اليه،،، و ما بعدها من المواد إلى ماده (۱۶۲۷) فجميعها لبيان مقدار المعلوميه اللازمه فى الدعوى و حدودها حسب اختلاف المواضع و الأعيان التى يدعى بها فإن جمله من الأشياء يكفى فيها المشاهده و ان لم يعلم المدعى قيمتها أو كيلها و وزنها كخاتم الزمرد و نحوه فلو كانت

حاضـره كفت الإشـاره إليهـا و ان كـانت غـايبه كفى الوصف و بـالجمله فالظاهر المسـتفاد من النصوص و الفتاوى أن المعلوميه المعتبره فى الدعوى أوسع دائره من المعلوميه المعتبره فى البيع فتكفى المشاهده أو الوصف حتى فى المكيل و الموزون الذى لا يكفى فى البيع و فى الأراضـى و البساتين يكفى ذكر الحـدود و الجهات بل لا بـد من ذكر الحدود سواء فى الدعوى أو البيع إلا إذا كانت حدوده مشـهوره معلومه بحيث تغنى شهرتها عن ذكرها و لا يلزم ذكر مساحته أو عدد نخيله و أشجاره و لا عدد غرف الدار و مرافقها كل ذلك لكفاله المعلوميه فى الجمله فى أمثال هذه الموارد حتى فى البيع الذى هو أضـيق العقود فضلا عن غيره و قد أشار الى بعض هذا فى ماده «۱۶۲۳» إذا كان المدعى به عقارا الى آخرها.

(اما المـديون) فهى مبنيه على المعلوميه التامه لأنها حق فى الـذمه لا فى الخارج فلا بـد من بيانه بما يرفع الإبهام كما أشارت إليه ماده «۱۶۲۶» إذا كـان المـدعى به دينا يلزم المـدعى بيان جنسه و نوعه و وصـفه و مقـداره مثلا يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهبا أو فضه و نوعه بقوله سكه آل عثمان أو الانگليز و وصفه بقوله سكه خالصه أو مغشوشه و مقداره بقوله ألفا،،، إلى آخرها.

ماده «۱۶۲۷» إذا كان المدعى به عينا فلا يلزم بيان سبب الملكيه

بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لى و اما إذا كان دينا فيسئل عن سببه الى آخرها.

فالفرق بين المقامين غير واضح و الأصح انه لا يلزم بيان السبب لا فى الدين و لا فى العين فتدبره.

ماده «۱۶۲۸» حكم الإقرار هو ظهور المقر به و ليس حدوثه بداءه

و لهذا لا يكون الإقرار سببا للملك بناء عليه لو ادعى شيئا و جعل سببه إقراره فقط لا يسمع دعواه مثلا لو ادعى ان هذا المال لى و ان هذا الرجل الذى هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالى تسمع دعواه و اما إذا ادعى بقوله ان هذا المال لى لأن هذا الرجل الذى هو ذو اليد كان قد أقر بأنه مالى فلا تسمع دعواه،،، الفرق بين المثالين دخول اللام فى الثانى فلم يصح لانه ظاهر فى التعليل و عدم دخوله فى الأول فتكون الدعوى مركبه أو متعلقه بأمرين الحق و انه قد أقر به، و لكن لا تذهبن عنك الخدشه فى هذه التفرقه و انما تبطل الدعوى لو صرح ان سبب ثبوت الحق هو إقراره فإن الإقرار لا يكون سببا اما لو كان مراده من اللام ان الإقرار سبب الإثبات لا الثبوت كان متجها و وجب ان تسمع الدعوى فى المقامين (توضيح) هذا انك ربما لا تكون عالما بان لك حقا على فلان و لكن هو قد اعترف به فتقول ان لى عليه هذا الحق لأنه هو أقر به و هذه دعوى صحيحه وجيهه فتدبره جيدا فإنه جيد ثمين و متين.

الفصل الثانی (فی دفع الدعوی)

ماده «۱۶۳۱» الدفع هو الإتیان بدعوی من قبل المدعی علیه تدفع دعوی المدعی الی آخرها.

أتقن و أحسن من هذا التطویل القاصر و البیان الفاتر ان یقال ان جواب المدعی علیه اما إقرار أو إنکار أو سکوت، أما الأمثله التی ذکرت فی هذه الماده فکلها من قبیل الإقرار و دعوی الدفع فتنقلب الدعوی و یصیر المدعی مدعی علیه و المدعی علیه مدعی و علیه إثبات الدعوی ای دفع الدفع أو التحویل أو غیرهما و (بالجمله) فالمدعی علیه إذا أقر حکم علیه فلو ادعی الإیصال أو نحوه لزمه الإثبات و الا نفذ الحکم علیه و إذا أنکر فعلیه الیمین ان لم یکن للمدعی بینه «اما السکوت» فان کان لعذر مشروع لصمم أو خرس أو مرض توصلوا الی إفهامه بالإشاره و ان کان لعذر مانع فعلا أمهل إلی زوال عذره و ان کان بلا عذر الزم بالجواب أو لا ـ بالرفق و اللین ثم یتدرج الحاکم إلیه بالشده و الغلظه من مرتبه إلی أشد منها حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر.

فإن بقی مصرا علی عدم الجواب فرارا من الحق و تمادیا فی الباطل فقد اختلفوا بین قائل بلزوم حبسه حتی یجیب، و قائل بأنه

يجبر عليه بالضرب و الإهانه و قيل ان الحاكم يقول له ثلاثا ان أجبت و الا جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى فان أصر رد اليمين و حكم عليه و قيل بتخير الحاكم و ينبغى ان يكون هذا هو الأصح فيكون امره راجعا الى الحاكم فان نفسيات الأشخاص مختلفه و درجاتهم متفاوته و لكل مقام مقال و لكل رجل حال «و الغايه» انه إذا أصر على عدم الجواب بغير عذر و لم يتمكن الحاكم من التوصل إلى وسيله لتحصيل جوابه رد اليمين على المدعى ثم يحكم على الساكت لانه اما ان يجيب بالإقرار و هو مثبت للحق و اما بالإنكار و حكم اليمين و حيث لم يحلف رد اليمين على المدعى و حكم له، اما المواد الثلاث المذكوره فى هذا الفصل فكلها كما عرفت من قبيل الإقرار و دفع الدعوى بالدعوى و من قبيل الانقلاب الذى عرفت حكمه

الفصل الثالث (فى بيان من كان خصما و من لم يكن)

ماده (۱۶۳۴) إذا ادعى أحد شيئا و كان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره يكون بإنكاره فى الدعوى و اقامه البينه خصما.

و ان كان لم يترتب حكم على إقرار المدعى عليه إذا أقر لم يكن خصما بإنكاره مثلا-،،، تشويه البيان و سوء التعبير و شده التعقيد أمر الفناه و عرفناه فى هذا الكتاب و لكن الأمر الثقيل على الطبع

اللطيف هو التطويل بلا فائده و الظاهر ان المراد بهذه الماده هو تعريف الخصم بأنه هو الذى يلزمه لو أقر حكم اى هو الذى يحكم عليه بشى ء لو أقر، و أنت خبير بان تعريف الخصم لا فائده أصلا و لا ثمره تترتب عليه ابدا فان كل واحد من المتداعيين خصم للآخر لا يمتاز أحدهما عن الآخر من ناحيه الخصومه و أيضا لم يرد لفظ الخصم فى كتاب و لا سنه حتى يلزمنا معرفته أو تعريفه و انما المهم و اللازم معرفه المدعى و المنكر و تمييز أحدهما عن الآخر حتى يلزم كل واحد منهما بوظيفته من البينه و اليمين حسب ما ورد فى النبوى المشهور البينه لمن ادعى و اليمين على من أنكر، على اختلاف اساليبه الوارده فى كتب الفقه و الحديث و هذه المسأله أعنى قضيه الضابطه لتمييز المدعى من المنكر هى من أمهات أو معضلات كتاب القضاء و قد اختلفت كلمات فقهائنا الاعلام فى هذا المقام أشد الاختلاف و كثرت التعاريف و الضوابط بما يجتمع بعضها مع بعض تاره و يفرق أخرى فى مورد دون مورد و محل دون آخر و المشهور من تلك الضوابط ثلاثه أو أربعه.

(۱) المدعى هو من يخالف قوله الأصل و المنكر هو من يوافق قوله الأصل.

«۲» المدعى من يخالف قوله الظاهر، و المنكر من يوافقه.

«۳» المدعى هو الذى لو ترک يترک، و المنكر هو الذى لا يترک لو ترک.

(۴) المدعی من لا یلزمه شـی ء بإقراره و المنکر من یلزمه شـی ء لو أقر و کان أصحاب المجله أراد و هذا الوجه الأخیر فقصرت عباراتهم عن القصـد الصـحیح حیث جعلوه ضابطه للخصم؟؟؟؟ لا یتعلق به غرض أصـلا و انما المهم هو المدعی و المنکر فساء البیان و اختل المیزان و تنافرت الإطاعه و العصـیان ثم ان تلک التعاریف قـد تنطبق علی مورد واحد متصادقه علیه و قد تتنافر فی موارد اخری (مثلا) لو ادعی زید علی شخص من غیر أهل بلاده و لم نعرف له علاقه به و لا صله معه بدین فأنکر الآخر فزید هو المـدعی علی جمیع التقادیر المتقـدمه و الشـخص منکر علی کل تقدیر منها، و لکن لو ادعت الزوجه التی تسـکن مع زوجها مع یسـاره و صـلاحه انه لاـ ینفق علیهـا فهی منکره علی الأول و الأخیر مـدعیه علی الثانی و الثالث و ربما یتحصل فرض یختلف فیه کل فرض مع الآخر، و التحقیق المهم هنا لیس ترجیح احدی هذه الضوابط علی سائرها و انما المهم شی ء أدق و أحق بالبحث و هو ان هـذین اللفظین اعنی (المدعی) (و المنکر) لیس للشارع فیهما اصـطلاح خاص و لا له فیهما حقیقه شـرعیه حتی نبحث عن ذلک المعنی المجعول و هو ما یسمیه بعض (بالموضوعات المستنبطه) کالکر و المسافه و الزکاه و الصلاه و نظائرها و انما المراد به المعنی اللغوی أو العرفی و التعـاریف کلهـا طـالت أو قصـرت کلها لتحدیـد ذلک المعنی و الکشف عنه بجمله جامعه مانعه و لننظر أولا إلی تصاریف هذه الماده اعنی المدعی و لا خفاء فی أنها مأخوذه من

الدعوى و هى مصدر أو اسم مصدر من دعا يدعو دعاه و دعوى و يرجع أصلها إلى الطلب و دعاه طلبه أو طلب منه و اليه يرجع المضاعف و هو ادعاه دعوى اى تطلب منه حقا أو شيئا إذا فالمدعى هو الذى يطلب منه غيره شيئا سواء كان طلبه موافقا للأصل أم لا ـ موافقا للظاهر أو مخالفا فالزوجه مدعيه لأنها تطلب من الزوج و ان كان فى دعواها عدم الإنفاق مخالفه للظاهر من جهه يساره و سكناها معه و هذا و ان اختل فى جمله من الموارد و هى باب الأمناء كالمستأجر و الودعى و المرتهن و العامل فى المضاربه فإن أحد هؤلاء لو ادعى رد العين أو تلفها بغير تفريط فهو مدع قطعا مع انه لا يطلب شيئا من خصمه بل خصمه و هو الموجر و المودع يطلب شيئا منه و هو العين و لكن يمكن أيضا إرجاع هؤلاء الى ذلك الأصل فإن كل واحد من هؤلاء يطلب شيئا و هو سقوط ضمان اليد عنه لما عرفت فى محله من هذا الكتاب ان عموم قاعده تقتضى ضمان كل من تلف مال غيره فى يده و لهذا الضمان مسقطات منها الرد و منها التلف بغير تفريط و غير ذلك فالمستأجر يطلب سقوط ضمان العين التى كانت بيده بحصول المسقط فهو المدعى حقيقه و الموجر منكر و هكذا «و بالمجله» فلو رجعنا الى العرف فى معنى المدعى لوجدناه مفهوما بسيطا و فى غايه البساطه و ليس هو أكثر من انه هو المطالب غيره بشى ء نعم قد يقع الاشتباه كثيرا فى مصاديقه أو تمييز المطالب من المطالب منه و هذا جار فى أكثر المفاهيم العرفيه التى لا يزال يحصل الاشتباه و الشك فى جمله

أفراد انه من مصاديقها أم لا ـ و هنا تظهر فطانه الفقيه و لباقه المجتهد و فراسه الحاكم، و كل وظيفه الحاكم هى تطبيق الكليات على مصاديقها و استخراج أحكامها من أدلتها، فالمقتضى يعطى احكام الكليات و الحاكم يطبقها على الجزئيات،،، فتدبر هذا و انتفع به،،، اما الأمثله التى ذكرتها المجله فى هذه الماده فالفرق بين المثالين لعله مبنى على حقوق العقد و حيث ان حقوق عقد الرسول للمرسل فيكون هو الخصم للمدعى و تسمع دعواه و بيته لانه لو أقر للزمه دفع الثمن بخلاف الوكيل فان حقوق العقد له لا لموكله و لو أقر لم يلزمه بإقراره شى ء فلذا لا تسمع الدعوى عليه و لا البينه،،، هذا خلاصه ما اعتمدته المجله فى الفرق و لا يخفى على الشادى فضلا عن الفاضل ضعفه و ان الوكيل إذا اشترى لموكله كانت حقوق العقد لموكله أيضا كالمرسل [و بالمجله] فالوكيل و الرسول ان اشتريا لأنفسهما كان المرسل و الموكل أجنبيين و لا تتوجه الدعوى الى واحد منهما أصلا و ان اشتريا للموكل و المرسل توجهت الدعوى إليهما و سمعت بينه المدعى عليهما، اما الوصى و الولى و المتولى فحقوق العقد لهم و إقرارهم نافذ فى كل ما يعود الى ما لهم الولايه عليه بعد فرض أمانتهم و عنايتهم [ماده: ۱۶۳۵] الخصم فى دعوى العين هو ذو اليد فقط،،، الدعوى اما ان تتعلق بعين أو دين أو منفعه أو حق اما الدعوى على العين فان كانت تعلقت الدعوى على من هى فى يده فعلا فلو كان ذو اليد قد اشتراها من آخر لعله غاصب لها أو متغلب عليها اشتباها لم تتوجه على ذلك

الغـاصب البالغ بل على المشترى المسـتولى على العين فعلا فإذا أثبت المـدعى أنها له انتزاعها منه و يرجع بالثمن على بائعها و ان كـانت بـالغه تخير فى الرجوع بقيمتهـا على البائع أو على المشترى و يرجع هو على البائع و تجـد تفصـيل هـذه النواحى فى توارد الأيادى على العين إذا تلفت فى يـد أحـدهم و مما ذكرنا يظهر الخلل فى ماده (۱۶۳۶) إذا خرج مسـتحق للمال المشترى و ادعاه نظر الى ان المشترى،،، فان الـدعوى على كل حال تتوجه إلى ذى اليـد بايعا كان أو مشتريا فإذا كانت لا تزال عند البائع كان هو الخصم لا يلزم حضور المشترى لأنه لم يعلم كونه مالكا و ملكيته على ملكيه البائع و هى الأصل فإذا زال الفرع تبعا قهرا.

ماده (۱۶۳۷) يشترط حضور الوديع و المودع و المستعير و المعير

و المسـتأجر و المؤجر و المرتهن و الراهن معـا عنـد دعوى الوديعه على الوديع الى آخرها،،، العين فى يـد هؤلاء أمانه مالكيه فلو ادعاهـا مـدع فالـدعوى على المالك لا على المؤتمن بل و لا يشترط حضوره أصـلا بل لو أراد ان يـدفع الـدعوى من نفسه كان متبرعـا و لاـ تنحسم الـدعوى بـدفاعه بـل لاـ بـد من دفاع المالك و الحكم له أو عليه اما لو غصـبها غاصب من المسـتعين أو من المرتهن أو المسـتأجر فلكل واحـد منهم الـدفاع بما انه أمين و الأمين وظيفته المحافظه على الامانه و الـدفاع عنها بل لو لم يـدافع لكان مقصرا أو ضامنا فمن هنا صح دفاعهم عن الامانه و تحققت الخصومه كما انها تصح من المالك و هو فى ذلك

الأصل الذى اليه و به تنتهى القضيه اما أولئك اعنى الوعى و المستعير و المرتهن فيشكل انسجام الدعوى بدفاعهم بحيث لو صار الحكم عليهم لا يبقى مجال دفاع للمالك و تجديد النظر فيها كما لو كان الحكم عليه رأسا فتدبره فإنه جدير بذلك.

(۱۶۳۸) لا يكون لوديع خصما للمشترى

و هو انه إذا ادعى أحد تسليم الدار المودعه عند شخص بقوله انى اشتريت هذه الدار الى آخرها.

الفرق بين المثالين ان المدعى فى المثال الأول لم يدع الوكاله فلو ادعاها فرضا لم يثبتها و فى الثانى ادعاها و إثباتها، و لكن لا يذهبن عنك ان يقول وكلتك بتسليمها و إقباضها إذ لا معنى ان يوكل الإنسان على قبض ما انتقل اليه و ما صار ملكه نعم انما يصح ان يوكل الوديع فى الإقباض و التسليم فتدبره.

(۱۶۳۹) لا يكون الوديع خصما لدائن المودع

بناء عليه إذا أثبت الدائن طلبه الذى هو فى ذمه المودع فى مواجهه الوديع فليس ان يستوفى الدين من الوديعه التى عنده،،، هذا صحيح و لكن قيد (فى مواجهه الوديع) لا محل له بل إذا أثبت الدين فى مواجهه الوديع أو غيبته لم يكن له الاستيفاء مطلقا كما ان أخذ النفقه من الدراهم المودعه للغائب لا يصح على إطلاقه بل انما يصح بحكم الحاكم مع مطالبه الزوجه مثلا و عدم باذل عنه لا مطلقا، فالأول يجب إطلاقه و الثانى يجب تقييده و هو واضح، و ماده [۷۸۹] أيضا لا تفى

بالبیان فراجعها.

«۱۶۴۰» لا یکون مدیون المدیون خصما للدائن،،،

هـذا ممـا لاـ اشـکال فیه و لاـ ریب و لاـ حاجه الی بیانه فإنه من توضـیح الواضـحات و مثله ماده (۱۶۴۱) لاـ یکون المشتری من المشتری خصـما للبـائع مثلاـ لو باع أحـد ماله لآخر و بعـد القبض باعه المشتری لآخر أیضا فلیس للبائع الأول ان یطلب الثمن من المشتری الثانی-،،، نعم هـذا صـحیح و لکن للبائع ان یفسخ بخیار تأخیر الثمن و إذا انحل العقد الأول انحل الثانی طبعا فیسترجع البائع العین من المشتری الثانی و هو واضح.

ماده «۱۶۴۲» یصح ان یکون أحد الورثه خصما فی الدعوی التی تقام علی المیت أو له،،، الی آخرها.

هذا الموضوع متشـعب الجهات متسع النواحی و لم توفه المجله حقه، فنقول فی تشـریحه و توضـیحه من جمیع أطرافه- ان واحدا من جمـاعه لـو ادعی علی آخر بعین فی یـده أو دین فی ذمته، أو ادعی شـخص علی واحـد من جمـاعه کـذلک فامـا ان یکـون السـبب فی الـدعوی واحـدا أو متعـددا فإذا کان لکل واحد سـبب یدعی به فلا إشـکال فی ان الواحد لو ادعی بسـبب و اثبت لم یثبت حق الآخر الذی یدعی حصـته فی العین بسبب آخر مثلا لو ادعی جماعه ان العین التی بید زید هی لهم اجمع و لکن ملکیه أحدهم بالهبه و الآخر بالشراء

و هكـذا فإذا أثبت المدعى بالهبه حقه فيها يحتاج مدعى البيع إلى إقامه دعوى مسـتقله و إثبات آخر، و اما إذا اتحد السـبب فاما ان يكون هو الإـرث أو يكون غيره، امـا الإرث فلو ادعى أحـد الورثه عينا لميتهم فى يـد الغير فاما ان يقر صاحب اليـد له بحصـه فقط أو يقر بأنها لمورثه و على الثانى يشترك الورثه فيها بأجمعهم و لكن لا يجوز له دفع حصصهم لواحد منهم الا بتوكيل منهم و الا فاللازم ان يـدفع لكل واحـد حصـته، و لو أقر للمدعى بحصـته فقط لم يثبت حق الآخرين الا بدعوى منهم مسـتقله و إثبات جديـد و ان لم يقر و اثبت الوارث المدعى حقه بالبينه فإن شـهدت البينه بحقه فقط لم يثبت حق الآخرين و ان شـهدت بالسـبب بـان قـالت ان هـذه العين لمورثهم يثبت حق الجميع و لكن لا يـدفع حق كل واحـد الا له أو لوكيله و لا فرق فى هـذا بين دعوى الـدين أو العين، اما إذا كانت الـدعوى على الميت بـدين أو بعين هى فى يـد واحـد منهم فإن أقر له صاحب اليـد نفذ إقراره فى حصـته فقط و لا ينفذ على الباقين بل يحتاج المدعى الى إقامه الدعوى على كل واحد منهم مسـتقلا، و ان أثبتها بالبينه فقد يقال انه يمشـى الحكم على الجميع و هو الـذى صـرحت به المجله فى هـذه الماده حيث يقول: و إذا لم يقروا ثبت المدعى دعواه فى حضور ذلک الوارث فقط يحكم على جميع الورثه و إذا أراد ان يأخذ طلبه الذى أثبته من التركه فليس للورثه ان يقولوا له اثبت ذلک فى حضورنا أيضا- الى قوله: و ان أنكر الوارث الذى هو ذو اليد و أثبت المدعى دعواه

يحكم على جميع الورثه انظر ماده «٧٨» و هى البينه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره.

و لكن هذا الكلام مختل الدعام، منحل النظام، أما (أولا) فيمكن ان يقال ان البينه و الحكم إذا قام على أحد الورثه لم يكن وجه لسريانه إلى باقى الورثه مع عدم حضورهم إذ لعل لهم دفاعا غير الذى دافع به ذلك الوارث المحكوم فلا بد اما من حضورهم فى الدعوى أو تحديدها بالنسبه إليهم (و ثانيا) لو فرض سريان الحكم و البينه إليهم فما الوجه فى قول المجله و لكن لهم صلاحيه دفع دعوى المدعى فان معنى نفوذ الحكم ان ليس لهم بعد الحكم حق الدفع فهذه الجمله تشبه ان تكون متناقضه مع ما تقدمها و ما تأخر عنها، و الأقرب ان الحكم على أحد الورثه لا يسرى الى الباقين الذين لم يحضروا و لم يوكلوا و لهم المطالبه بإعاده الدعوى بحضورهم أما ماده (٧٨) فهى أجنبيه عن هذا المعنى فراجع الجزء الأول من التحرير هذا كله فى الدعوى على الميت و الورثه، و اما لو كانت الدعوى لهم على شخص فإن أقر للجميع فلا اشكال و ان أقر لواحد اختص الإقرار به و ان اثبت الحق بالبينه لزمه الحق للجميع ان شهدت البينه و الحكم به كذلك و الا اختص الحق بمن اختصت به و بالضروره فإن الحكم انما يصدر على وزان البينه سعه و ضيقا، و مثله الكلام فى دعوى واحد من جماعه بسبب واحد غير الإرث كالاتهاب و الشراء و أمثالها فإنه أيضا يدور مدار الإقرار و البينه سعه و ضيقا و من جميع ذلك

يتضح لك ان الإقرار و البينه متساويان من هذه الجهات و ان اختلفا بالنظر الى بعض الخصوصيات كما تقدم فى محله و هذا كله مما لا ينبغى الإشكال فيه انما الاشكال و العقده العسره الانحلال، ان الواحد الذى يدعى بالسبب المشترک إرثا كان أو غيره إذا أقر له المدعى عليه بخصوصه أو قامت البينه عليه كذلک إرثا كان السبب أو غيره كما لو ادعى ان هذه الثياب التى بيد زيد هى له و لإخوته إرثا أو شراء فاعترف له صاحب اليد بان له ثوبا منها و دفعه اليه فهل يشترک معه اخوته حسب دعواه و اعترافه أو يختص حسب إقرار صاحب اليد مسأله مشكله و لأصحابنا فيها خلاف يطلب من مظانه و الاشتراک أقرب عينا كان أو دينا و ليس من هذا القبيل اعتراف أحد الإخوه بأن زيدا المجهول النسب أخوهم و يشاركهم فى الميراث فإنه لا يمضى إقراره إلا فى حصته و لا يسرى الى إخوته الباقين اما لو اقام زيد البينه على انه أخوهم فإنه يشاركهم جميعا و ذاک لأن الإقرار حجه قاصره و البينه حجه متعديه كما مضى فى القاعده التى مرت الإشاره إليها و هذا هو المعنى الصحيح للقاعده لا ما تخيله أصحاب المجله فتدبره ثم ان المجله نبهت على القسم الثانى من أسباب الدعوى المشتركه و هو السبب غير الإرث فى ماده (١۶۴٣) ليس لأحد الشركاء فى عين ملكوه بسبب غير الإرث ان يكون فى الدعوى خصما للمدعى فى حصه الآخر- و لكنها ناقصه غير مستوفاه فان الإثبات على أحدهم بحضورهم بالبينه فإنها تمضى عليهم جميعا ان شهدت البينه عليهم بنحو

عام و ان شهدت بنحو خاص أو كانوا غير حاضرين فالحكم لا يسرى إليهم نعم لو أقر أحدهم بحق المدعى فهو مقصور على حصه ذلك المقر مطلقا.

ماده (۱۶۴۴) تسمع دعوى واحد من العامه إذا صار مدعيا

و يحكم على المدعى عليه فى دعوى المحال التى يعود نفعها الى العموم كالطريق العام.

يعنى لو ان أحدا ادعى ان هذا الشخص قد أخذ من الطريق العام لداره أو يجلس فيه للبيع و يضر بالماره تسمع دعواه و إذا أثبتها يحكم على المدعى بما يراه الحاكم من غرامه و غيرها ماده «۱۶۴۵» واضحه ماده «۱۶۴۶» أهالى القريه الذين يزيد عددهم على المائه يعدون غير محصورين.

الأصح إرجاع المحصور و غيره الى العرف و الظاهر ان ملاك غير المحصور ان يبلغ من الكثره إلى مقدار يعسر عده و هذا يختلف باختلاف الأحوال و المواقع فقد تكون المائه فى حال محصوره و قد تكون فى حال آخر غير محصوره.

الفصل الرابع فی (بیان التناقض)

اشاره

هـذا المبحث لاـ عین له فی کتب أصـحابنا و لاـ اثر و لم یـذکر فی متون الفقه، و إهمـاله هو المتعین فان التناقض خصوصـیه فی جریان المرافعه و الخصومه و یرجع حکمها الی الحاکم و یختلف ذلک باختلاف المقامات و الأحوال فقـد یکون التناقض بإقرار بعـد إنکـار أو إنکـار بعـد إقرار فهو و ان تناقض و لکن الحکم یکون علی إقراره فی المقامین و لا أثر لإنکاره تقـدم أو تأخر، و علی هذا النسق الأمثله التی ذکرتها «المجله»: مثلا لو أراد أحد ان یشتری مالا ثم قبل الاشتراء ادعی انه ملکه لا تسمع دعواه- فان هذا ممنوع علی إطلاقه بل یمکن القول بصـحه سـماع دعواه إذا أبدی وجها مشـروعا معقولا یظهر علیه الصدق حسب المقامات مثـل انه أراد شـراءه تفادیـا من خسه الخصومه و حفظـا للکرامه ثم رأی غلاـء الثمن فعـدل عن ذلک و ما أشـبه هـذا من الوجوه الکثیره و المعـاذیر المعقوله و مثـل هـذا ما یلیه من الأمثله فالجمیع یمکن فی بعض المواقع قبول الـدعوی لوجه مشـروع یرتفع به التناقض

إذا فالتناقض ليس بأمر ذى شأن يقتضـى أن يعقـد له عنوان، بل من خصوصـيات جريان المرافعات و ليس له قاعده كليه و حكم مطرد بل يكون مانعا تاره و غير مانع اخرى و أوضـح من هـذا خللا و ضـعفا ماده «۱۶۴۸» كما انه لا يصـح لأحد ان يدعى المال الذى أقر بكونه لغيره بقوله هذا مالى كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكاله أو الوصايه عن آخر.

إذ أى مـانع ان يكون كمـا أقر به للغير باعتبـار الزمن السابق ثم انتقل الى المقر بعـد ذلك غايته انه ملزم بالإثبات و هـذا هو عين سمـاع الـدعوى (فاسـمعها جيـدا) كمـا انه اى مانع من إقراره بأنه مال الغير و هو ولى عليه أو وصـى عن آخر، فأين التناقض و لو صوره فضلا عن التناقض حقيقه، و هكذا ماده «۱۶۴۹» إذا أبرأ أحـد آخر من جميع الدعاوى لا يصح له ان يدعى بعد ذلك مالا لنفسه و لكن يصح له ان يدعى بالوكاله.

فإنها أيضا قاصـره بتراء فإن الإبراء عما مضى من الحقوق فى الزمان فلا مانع من دعوى حق له جديد متأخر عن وقت الإبراء و ان كان عن السابق و اللاحق فهو إبراء غير صحيح لانه من قبيل إسقاط ما لم يجب فله ان يدعى حقا جديدا بعد الإبراء و هكذا ماده «۱۶۵۰» إذا ادعى أحـد مالا لآخر فلا يصـح له بعـد ذلك ان يدعى به لنفسه،،، بل يصح ان يدعيه لنفسه بدعوى انه اشتراه منه أو وهبه له

المالک و ما أشبه، فلأی شی ء لا تسمع دعواه؟ بل لعله قد ادعاه لآخر لغرض صحیح- کالغرض صح به ان یدعیه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوکیل بالدعوی یضیف الملک الی نفسه فی بعض الأحیان، و لا فرق فی ذلک بین ان یکون عند الخصومه أو غیرها فافهمه.

ماده (۱۶۵۱) کما ان الحق الواحد لا یستوفی من کل واحد من الشخصین علی حده بتمامه. کذلک لا یدعی الحق الواحد الذی ترتب من جهه واحده علی رجلین.

یعنی کما ان الحق الذی ثبت علی شخص معین لا یعقل ان یطالب غیره و لا یستوفی إلا منه کذلک الحق الذی یدعی به علی شخص من جهه واحده لا یمکن ان یدعی به من تلک الجهه علی شخص آخر، و التقیید بوحده الجهه احترازا عما لو تعددت فان الکفیل یطالب و یدعی علیه بما تکفل به مع صحه مطالبه المکفول أیضا لنفس ذلک الحق و لکن الجهه متعدده و ان کان الحق واحدا فإن أحدهما عهده لنسبه و الأخری عهده غیریه و هذا و ان کان صحیحا بادی الرأی و لکن یمکن نقضه بالضمان علی مذهب الجمهور من انه ضم ذمه إلی ذمه فکل واحد یصح مطالبه علی البدل بحق واحد و من جهه واحده فلیتدبر.

ماده (۱۶۵۲) یتحقق التناقض فی کلام الشخصین اللذان هما فی حکم المتکلم الواحد کالوکیل و الموکل و الوارث و المورث الی آخرها.

كما لو ادعى الموكل ثمن مبيع و الوكيل غرامه إتلاف و نظائر ذلك و لكن قد يرتفع عند الحاكم تناقضهما ببعض الوجوه المعقوله.

ماده (۱۶۵۳) يرتفع التناقض بتصديق الخصم

مثلا- بعد ان ادعى أحد على آخر ألفا من جهه القرض ثم لو ادعى ان المبلغ المذكور من جهه الكفاله و صدقه المدعى عليه يرتفع التناقض.

لعله لا تناقض أصلا فإن الكفاله اشتغال الذمه فهو أيضا قرض بمعناه العام نعم لو ادعى انه أخذ منه المبلغ قرضا ثم قال أخذته من غيره و قد كفله كان تداهنا فتدبره. و مثله ماده «۱۶۵۴» و يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم مثلا لو ادعى المال الذى هو فى يد غيره انه مالى و أنكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان و انا اشتريته منه و اقام المدعى البينه و حكم بذلك يرجع المحكوم بثمن المال على البائع، و التناقض الذى رفع بين إقراره يكون المال للبائع و بين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم إقراره.

فإنه لا تناقض أصلا ضروره ان قوله هذا المال لفلان و ما اشتريته منه مبنى على ظاهر اليد و قد ارتفع هذا بالبينه قبل ان يحكم الحاكم لما عرفت من ان البينه لها نظر الى الواقع و متعلقها منزل منزله الواقع فلذلك هى حاكمه على اليد و على الإقرار و على سائر الأمارات فتدبره.

ماده (١۶۵۵) يعفى التناقض إذا ظهرت مقدره المدعى و كان محل خفاه مثلا إذا ادعى المستأجر على المؤجر إلى آخرها،،،

هذه بعض المعاذير التى يرتفع بها التناقض الظاهرى و هناك وجوه أخرى كثيره تجرى حتى فى ماده (١۶۵۶) الابتدار الى تقسيم التركه إقرار بكون المقسوم مشتركا بناء عليه لو ادعى أحد إلى آخرها،، و وجه الارتفاع فى الأول فضلا عن الثانى غير خفى فافهمه و تكثير الأمثله و ان كان فيه فائده التمرين أحيانا و لكنها قد توجب من الملل و الضجر أكثر من التمرين بالتمرين فما فى ماده (١۶۵۷) لو أمكن توفيق الكلام الذى يرى متناقضا و أوفقه المدعى أيضا يرتفع التناقض مثلا- الى آخرها.

جميل من حيث التنبيه على اختلاف التفاسير و أساليب الدعوى التى يختلف الحكم باختلافها من حيث التناقض و عدمه مع تقاربها بل وحدتها فى بادى الرأى، فإذا قال لم تودع عندى شيئا كان مناقضا لقوله رددتها عليك اما لو قال ليس لك عندى فعلا- لم يكن تناقضا و هكذا حال الأمثله المتقدمه و هو باب جميل و ان كان فيه شى ء من التطويل و من هذا القبيل ماده [١۶۵٨] فإنه بإقراره و كتابه للوثيقه و السند على نفسه فقد تم هذا الأمر من جهه فلو سعى فى نقضه كان سعيه مردودا عليه،،، اما- ماده (١۶۵٩) إذا باع أحد مالا فى حضور آخر لشخص على انه ملكه و سلمه ثم ادعى

الحاضـر بأنه ملكه مع انه كان حاضرا فی مجلس البیع و سکت بلا عذر ینظر الی ان الحاضر هل کان من أقارب البائع أم لا- الی آخرها، فإنها مع ما فیها من التعقید الشدید و سوء البیان، غیر متجه ما فیها من التفصـیل بین الأقارب و الأجانب فإن السکوت بغیر عذر ظاهر فی عدم علاقته به و انه ملک البائع و ربما کان السـکوت کلاما فدعواه الملکیه بعد ذلک یناقض اعترافه بملکیه البائع التی دل علیها سکوته الذی هو بمنزله الکلام و هذا الوجه یجری فی البعید و القریب و لا اعرف للتفصیل وجها معقولا فتدبره.

الباب الثانی فی (حق مرور الزمان)

اعلم أصـلحک اللّه ان فقهـاء الإمـامیه رضوان اللّه علیهم لاـ یبحثون عن حکم واقعه الا من حیث دلیلها الشـرعی و ما یسـتفاد من نصوص الکتـاب و السـنه و احکـام العقـل الضـروری یعنی أنهم یبحثون عن أحکام الوقائع من حیث جعل الشارع الحکیم لا من حیث الجعل البشری و الاستحسانات الاعتباریه، و جعل القوانین الدولیه، فان فقه

الإمـاميه بمعزل عن هـذا بل هو شـرعی محض لا يتعـدی عن حـدود الفرقان المجيـد و السـنه النبويه و الاحكام العقليه القطعيه لا الظنيه أو الاسـتحسانيه، و حيث ان قضـيه مرور الزمـان لا ترجع الی كتاب و لا سـنه بل و لا الی عقل و لا اسـتحسان و لا قياس، و انما هو جعل جزافی محض، و احكام اقتراحيه صـرفه، لـذلك لا تجـد لهـذا البحث اعنی بحث (مرور الزمان) فی كتب أصـحابنا عينا و لا أثرا لا فی المختصـرات و لا المطولات، و لعمر الحق ان عدم سماع الدعوی لقضيه [مرور الزمان] لحكم جزافی جائز إذ مـا المـانع من سـماع الحـاكم دعوی قـد مضـی عليها مائه سـنه لا ثلاثون فينظر فيها فان كانت حقا حكم بالحق و ان كانت باطلا ردها، اما التعليل بان تركه المطالبه بحقه طيله المده من غير عذر دليل علی سـقوطه و الا لطالب به فهو مدفوع بان هذا لا يقضـی بعدم السـماع بل اللازم ان يسـمعها الحاكم ثم يسأله عن سبب تركه المطالبه فی تلك البرهه فان أبدی عذرا معقولا فذاك و الا جعله بعض القرائن علی بطلان حقه فـإن عـارضه بمـا هو أقوی حكم له و الا حكم عليه، (و الخلاصه) ان عـدم سـماع الـدعوی لمرور الزمـان يجحف بـالحقوق و يروج دوله الباطل، و ما أكثر ما تكون للناس اعـذار خفيه، و موانع سـريه، توجب عليهم تأخير المطالبه غير الموانع العامه كالصغر و الجنون و المرض و السفر فلو اوصدنا باب سماع الدعوی عليهم كنا قد ذهبنا بحقوقهم ظلما و عدوانا أ فليس من الظلم الفاحش ان لا تسمع دعواه و لعله محق فيها و من هذا البيان و ما

طويناه من أمثاله يظهر لك ان قضيه مرور الزمان و سد باب الدعوى من اجله حكم جزافى لا يطابقه كتاب و لا سنه، و لا يوافقه عقل و لا قياس، و من هنا تعرف رصانه فقه الإماميه و بعد نظرهم و قوه مداركهم، إذا فلنطو هذا البحث على علامته و لنوصد بابه لأننا لا نبحث فى مسأله الا من حيث دليلها الشرعى اما إذا خلت عن الدليل و كانت جعلا جزافيا، فلا ناقه لنا فيها و لا جمل و لسنا منها فى خل و لا خمر. و كان الواجب على أرباب (المجله) بما انها فقه إسلامى مأخوذ من أئمه المذاهب الأربعه ان لا يذكروا شيئا من هذا الباب فى مجلتهم و اللازم على من يرغب فى تحرير المجله حذفه و اللّه الموفق و به المستعان.

الكتاب الخامس عشر (فی البینات و التحلیف)

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و أربعه أبواب

(المقدمه فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه) بالبینات و التحلیف

اشاره

المقدمه ماده «۱۶۷۶»

البینه:

هی الحجه القویه.

هذا تعریف باللام الأعم کما یقولون «سعدانه بنت».

فان الشیاع أیضا حجه قویه و التواتر حجه قویه بل و ما دون البینه أیضا حجه قویه کخبر العدل الواحد بناء علی حجیته فی الجمله و کل هذه الأمارات حجه قویه فیما إذا تمتاز البینه إذا فالأصح

فی تعریفها ان یقال انها- الشاهدان العادلان فی أمر یترتب علیه حکم شرعی.

ماده «۱۶۷۷»

التواتر:

خبر جماعه لا یجوز العقل اتفاقهم علی الکذب، و یعتبر ان یکون ذلک فی جمیع الطبقات فلو انتهی خبرهم الی واحد لا یکون الخبر متواتر بل الخبر عنه متواتر فیسقط و علیک بتدبره کی لا تسقط.

ماده (۱۶۷۸) واضحه «۱۶۷۹»

ذو الید:

هو الذی وضع یده علی عین بالفعل أو الذی یثبت تصرفه تصرف الملاک، ان کان المراد بالید- العضو الخاص و یراد من الوضع القبض بها صح العطف و لکن لا یعتبر هذا المعنی فی الید التی هی محل تعلق الأحکام من ضمان و دلاله علی الملکیه- و ان کان المراد بها الاستیلاء صح التفسیر و لغا العطف فتدبره- و باقی المواد واضحه.

الباب الأول فی (الشهاده

اشاره

و یشتمل علی ثمانیه فصول)

الفصل الأول فی (بیان تعریف الشهاده و نصابها)

ماده «۱۶۸۴» الشهاده هی الأخبار بلفظ الشهاده

یعنی یقول اشـهد بإثبات حق أحد الذی هو ذمه الآخر،،، الا تعجبوا من شـكاسه هذا التعبیر و سوء هذا التفسـیر الذی هو كتفسـیر الشـی ء بنفسه علی حـد قوله: كأننا و الماء من حولنا إلـخ فإن النتیجه بعد تلك التعقیدات ان الشـهاده هی قول أشـهد بأن هذا له حق فی ذمه هذا- مع ان الشـهاده لا تنحصـر بقضـیه الحق فی الذمه بل تشمل الشهاده علی العین أیضا و لا یعتبر فی تحقق معناها حضور الحاكم و لا مواجهه الخصـمین و انما هذه الخصوصـیات معتبره فی مقام اعتبارها فی الخصومه و حكم الحاكم بها لا فی مقام اعتبارها بذاتها.

ماده (۱۶۸۵) نصاب الشهاده فی حقوق العباد رجلان أو رجل و امرأتان

و تقبل شهاده النساء فقط فی حق المال فی المحال الذی لا یمکن اطلاع الرجال علیها،،، اعلم ان هذا البحث من أهم مباحث الشهاده بل هو فی الدرجه الأولی، فإن حکم الحاکم بالشهاده موقوف علی معرفه نصابها و هو یختلف حسب اختلاف الحقوق کما یختلف اشتراط الذکوره فی بعض و عدم اشتراطها فی بعض آخر و ما ذکرته (المجله) فی هذه الماده ناقص و مع نقصه مختل مضطرب و یعلم هذا من البیان الذی ننشره علیک و ذلک ان فقهاء الإمامیه قسموا الحقوق قسمین (حقوق الخالق) جل شأنه «و حقوق المخلوق» و أظهر حقوق اللّه سبحانه هی العقوبات و الحدود التی فرضها علی مرتکبی الکبائر المحرمه فی الإسلام بل فی عامه الشرائع و هو علی قسمین قسم لا یثبت إلا بأربعه رجال أو ثلاثه و امرأتین و هو زنی المحصن الموجب للرجم و رجلین و اربع نساء و هو زنی غیره الموجب للجلد و اعتبار الأربعه منصوص فی کتاب اللّه المجید فَاسْتَشْهِدُوا عَلَیْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنْکُمْ- لَوْ لا جاؤُ عَلَیْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَداءَ و قیام النساء مقام الشاهدین، و الشاهد ثبت بالسنه و قد علل بعضهم اعتبار الأربعه بأنه شهاده علی اثنین الزانی و المزنی بها و الخدشه فیه واضحه، و فی بعض الأحادیث أنه تعبد خاص و إیماء إلی بطلان القیاس و الا فالقتل أعظم جریمه عند اللّه تعالی و أضر فی المجتمع مع انه لم یعتبر فی إثباته الأربعه و عندنا مع ذلک فی هذا

الحکم حکمه دقیقه لا مجال لذکرها فی هذا المقام و یلحق بالزنا أخواه.

اللواط و السحق و فی إتیان البهائم خلاف (القسم الثانی) مالا ـ یثبت الا ـ بشاهدین من الرجال و هو ما عدا ما تقدم من باقی الجرائم و الجنایات کالقتل و السرقه قطعا لا مالا و شرب الخمر و الارتداد،،، و هذا مجمل حقوق الخالق اما حقوق المخلوق فهی أیضا أنواع «فمنها ما لا یثبت الا بشاهدین أیضا» و هو ما لا یقصد منه المال أصاله و ان استلزمه أحیانا تبعا کالطلاق و الخلع و الوکاله و الوصیه العهدیه أی الوصیه إلیه لا ـ له و الأهله و النسب اما العتق و النکاح و القصاص ففیه خلاف «و منها» ما یثبت أیضا بشاهد و امرأتین و شاهد و یمین و هو کل ما یقصد منه المال أصاله کالدیون من القرض أو القراض و الغصب و عقود المعاوضات کأنواع البیوع و الإجارات و الرهن و الوصیه التملیکیه و الجنایات الموجبه للدیه و الوقف علی الأصح (و منها) ما یثبت بالرجال منفردین و بالنساء منفردات أو منضمات و ضابطته کلما یعسر اطلاع الرجال علیه من أحوال النساء کالولاده و الاستهلال و عیوب النساء الخاصه و کل مورد یثبت به الحق بشهاده النساء منفردات فلا یکفی فیه أقل من اربع و إذ لم یکمل النصاب کانت شهادتهن لغوا لا ـ اثر لها إلا فی موردین «الوصیه» التملیکیه فإنه یثبت بالواحده ربع و بالاثنین نصف و بالثلاث ثلاثه أرباع و بالأربعه الکل «و الثانی» الاستهلال ای الشهاده بولاده الجنین حیا فیثبت بالواحده ربع المیراث و هکذا، ثم ان الشهاده

لا تجب فی شی ء من العقود و الإیقاعات لا وضعا و لا تکلیفا إلا فی الطلاق فإنه لا یصح بدون حضور الشاهدین العدلین و یستحب فیما عدا ذلک و یتأکد فی عقود النکاح و الرجعه و لا یثبت شی ء منها عند الخصومه إلا بالبینه أو الإقرار أو الشاهد و الیمین الی آخر ما مر و یأتی إن شاء اللّه،،، و قد ظهر لک من هذا البیان الموجز ما فی هذه الماده من الفتور و القصور أما «أولا» فالنصاب فی حقوق العباد لا ینحصر فی الرجلین أو الرجل و المرأتین بل یحصل بالواحد مع الیمین ای یمین المدعی «و ثانیا» فإن شهاده النساء فی الجمله تقبل فی المال و غیره فی حقوق العباد و غیرها فی ما یمکن اطلاع الرجال علیه و غیره و اما «ثالثا» فان التعبیر بالمال ثم تقییده بالمحال التی لا یمکن اطلاع الرجال علیها یشبه ان یکون تهافتا فان کثیرا من المحال التی لا یمکن الاطلاع علیها لا تعلق لها بالمال أصلا کعیوب النساء الموجبه لفسخ عقد النکاح و اما «رابعا» فلیس المدار فی صحه شهاده النساء عدم إمکان اطلاع الرجال فان جمیع موارد قبول شهادتهن کالولاده و عیوب النساء یمکن اطلاع الرجال علیها و لکن یعسر ذلک فی الغالب علی الرجال لانه لا یمکن فتدبره جیدا و اغتنم هذا البحث فإنه ثمین و متین نافع.

الفصل الثانی فی (بیان کیفیه الشهاده)

ماده [۱۶۸۷] لا تعتبر الشهاده التی تقع فی خارج مجلس المحکمه

یعنی لا ـ تعتبر فی حکم الحاکم بل لا بد فی حکمه من استناده إلی الشهاده التی یسمعها فی مجلس الخصومه امام الخصم و الحاکم، لأنها لا تعتبر مطلقا فان الحق أن البینه حجه مطلقه یجوز لکل من قامت عنده ان یعول علیها أو یجب، فمن شهدت عنده البینه ان الدار التی فی ید زید هی غصب لا یسوغ ان یشتریها منه و لا یجوز ان یدخلها باذنه و هکذا فی سائر الموارد.

ماده (۱۶۸۸) یلزم ان یکون الشهود قد عاینوا بالذات المشهود به الی آخرها.

هـذه المـاده أیضـا من المواد المختله المبعثره التی أضاع فهم المقصود منها لسوء بیانها، و تعقیـد لسانها، و تشویه عبارتها، و هی أیضا من المباحث المهمه، و ما ضابطه ما یصیر به الإنسان شاهدا و قد ذکر أصحابنا «رض» ان الضابط هو العلم الجازم بالمشهود به فقد قال جل شأنه «وَ لٰا تَقْفُ مٰا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ» و قال صلی اللّٰه علیه و آله

على مثل هذه اى الشمس فاشهد أودع فإن كان المشهود به فعلا من الأفعال التى لا تدركها حاسه السمع و تدركها حاسه البصر غالبا كالقتل و السرقه و الرضاع و الولاده و نحوها لم تقبل فيه الا الشهاده المستنده إلى الرؤيه عيانا و تقبل فيه شهاده الأصم، و ان كان من الأمور التى لا يدرك بحاسه البصر غالبا كالنسب و الملك المطلق و الموت و الوقف و نحوهما كفى فيه السماع المفيد للعلم من تواتر أو شياع أو استفاضه و يتحقق كل واحد من هذه الأسباب أو المسببات بتوالى اخبار جماعه لا يضمهم قيد التواطى و هى مندرجه فى مراتب العلم من العلم القطعى الى الاطمئنانى العادى إلى الظن المتاخم و قال شيخ الطائفه «قده» لو شهد عندك عدلان فصاعدا صرت متحملا و شاهد أصل لا شاهدا على شهادتهما لأن ثمره الاستفاضه الظن و هو حاصل من شهادتهما و هو يشبه القياس مع وضوح المنع فى المقيس و المقيس عليه فتدبره.

و ان كان المشهود به من الأقوال لزم السماع و العيان معا كصدور صيغه البيع من زيد أو القبول من عمرو أو وقوع صيغه الطلاق أو الوقف من شخص معين و هكذا أمثالها فلا بد فى هذا النوع من اشتراك حاستى السمع و البصر بان يرى زيدا قد أجرى صيغه البيع أو النكاح بنفسه أو من وكله فيراه بعينه و يسمع الصيغه منه باذنه نعم لو شهد على الملكيه أو كون الزوجه مطلقه أو الدار وقفا كفى السماع و الاستفاضه فتلخص ان المشهود به اما فعلا فالرؤيه بالبصر و اما نسبه و اضافه فالاستفاضه و نحوها بالسمع، و اما قولا فالسمع و البصر

و مما ذكرنا يظهر لک ما فی هذه الماده من القلق و الاضطراب.

ماده (۱۶۸۹) إذا لم يقل الشاهد اشهد و قال انا أعرف الخصوص الفلانی هكذا أو أخبر بذا لا يكون قد أدی الشهاده

- إلی آخرها. يظهر من هذه الماده إن أرباب المجله يعتبرون فی قبول الشهاده التلفظ بهذه الماده أو بما يشتق منها مثل اشهدوا انا شاهد و شهادتی كذا و الاقتصار علی ذلک و عدم كفايه غيرها من الألفاظ التی تؤدی مؤداها و ان كان هو الموافق للاحتياط لورودها فی الكتاب و السنه بهذه الماده و مشتقاتها و لكن لزومها علی نحو البت و إلغاء قول الشاهد أنا اعلم ان هذه الدار ملک زيد أو ان هذا الولد ابن عمرو و عدم اعتداد الحاكم بها مشكل أما فقهاؤنا فلم أعثر علی تصريح منهم باعتبار تلک الصيغه الخاصه و ان تكثر التعبير بها فی كلماتهم، و الحق عدم الانحصار و ان كان هو الأحوط و الشهاده من الشهود و هو الحضور و حيث ان الحضور يستلزم العيان و الرؤيه و العيان يستلزم العلم فأطلق الملزوم و أريد به اللازم و هو العلم، و يطلق الشهاده أيضا بهذا الاعتبار أيضا علی الحس و منه عالم الغيب و الشهاده و لو فرضنا اعتبار هذه الصيغه الخاصه أعنی الشهاده و ما يشتق منها فالتفصيل بين الإفادات الواقعه لمجرد استكشاف الحال و غيرها لا وجه له لان تقويم أهل الخبره و الرجوع الی أرباب المهن و الحرف فی أعمالهم و أحوالهم لا وجه لقبوله الا من باب الشهاده فاما ان يعتبر اللفظ الخاص فی الجميع و اما ان يسقط اعتباره فی الجميع و تفصيل (المجله) لا وجه له.

ماده «۱۶۹۰» تکفی إشاره الشاهد عند الشهاده الی کل من المشهود له و المشهود علیه و المشهود به إذا کانوا حاضرین

- الی آخرها.

یراد بهذه الماده بیان انه یعتبر فی الشهاده عدم الإجمال و الإبهام فی شی ء من المشهود به و المشهود علیه و المشهود له فان کانت جمیعها أو بعضها حاضرا فی مجلس الشهاده کفت الإشاره إلیها و ان کانت فلا بد من تعیینها بما یرفع الإبهام و لا ضابطه لهذا بل یختلف باختلاف المقامات فقد یحتاج الی ذکر الأب و الجد و القبیله و قد یکفی ذکر اسم الشخص وحده لمعروفیته و شهرته و کذلک فی المشهود به من حیث ذکر الحدود کما فی العقار و المنازل و نحوها و کل ذلک منوط الی نظر الحاکم و استیضاحه من الشاهد حتی یحصل له الیقین بموضوع الشهاده التی یتوقف علیها الحکم الحاسم و کل ما بعد هذه من مواد هذا الفصل تبتنی علی هذا الأصل أعنی أصل التعیین و وضوح موضوع الشهاده عند الحاکم بجمیع شئونها نعم ماده (۱۶۹۵) إذا ادعی أحد علی آخر طلبا فان شهدت الشهود بان المدعی علیه مدیون للمدعی بما ادعی به یکفی و لکن إذا سئل الخصم عن بقاء الدین الی وقت الادعاء و قالت الشهود لا ندری ترد شهادتهم.

فیها منع رد شهادتهم بل تقبل شهادتهم و یستصحب بقاء الدین فی ذمه المدعی علیه الا أن یثبت سقوطه من ذمته بالأداء أو الإبراء أو نحو ذلک.

الفصل الثالث فی (بیان شروط الشهاده الاساسیه)

اشاره

جعل هذه الماده اساسیه و التی قبلها المذکوره فی [الفصل الثانی] غیر اساسیه لا یبتنی علی وجه معقول بل الجمیع سواء فی الاعتبار فکما لا عبره بالشهاده التی تقع خارج مجلس المحاکمه المذکوره فی أول ذلک الفصل کذلک لا عبره بالشهاده فی حقوق الناس بدون سبق الدعوی المذکوره أول هذا الفصل.

ماده (۱۶۹۶) مضافا الی ما أشرنا إلیه قبلا من ان هذه شروط الحکم حقیقه لا شروط الشهاده فإن البینه حجه مطلقا

سواء قامت عند الحاکم أو غیره، فمن قامت عنده البینه ان هذه الدار ملک زید صح له شراؤها منه و لو لم یحکم الحاکم بذلک و کانت فی ید غیره و علیه فلیست هی شروط اساسیه نعم هی شروط اساسیه فی الحکم و المخاصمه لا مطلقا، کما ان من العبث المستدرک ما فی ماده «۱۶۹۷» فإن من الواضح الضروری ان البینه انما هی حجه فی ما هو مشکوک و مجهول الحال لا فیما هو معلوم ففی مواضع العلم لا حجیه لها أصلا سواء خالفت

العلم أو وافقته فضلا عن سقوطها فيما خالف المشاهد المحسوس فما ذكرته المجله فى هذه الماده من عدم قبول البينه إذا قامت على موت من حياته مشاهده أو خراب دار عمارتها مشاهده- فى غايه السخافه و كذا ماده (۱۶۹۸) لا تقبل البينه التى قامت على خلاف التواتر ضروره أن التواتر يفيد العلم فلا تعارضه البينه بالضروره و كل هذا غنى عن البيان فيلزم حذف هذه المواد من المجله لأنها من الأصول الموضوعه فتدبرها.

ماده [۱۶۹۹] إنما جعلت البينه مشروعه لإظهار الحق

بناء عليه لا تقبل الشهاده بالنفى الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الأمر و الشى ء الفلانى ليس لفلان و فلان ليس بمديون لفلان الى آخرها.

هذه الماده متداعيه البناء من جميع أطرافها، ساقطه من كل نواحيها، فإن النفى الصرف اى المحض هو الذى لا متعلق له أصلا و هذا مما لا يعقل الشهاده عليه كالوجود الصرف اى الوجود المطلق (و ثانيا) فإن الأمثله المزبوره ليس شى ء منها مثالا للنفى الصرف بل كلها نفى مقيد و سلب خاص ضروره انه نفى فعل خاص عن فاعل خاص، و معلوم ان العدم و الوجود انما يخرج كل واحد منهما عن كونه محضا أو صرفا بتقيده و إضافته فالوجود انما يخرج عن الإطلاق و المحوضه بإضافته الى زيد و كذلك العدم، فما معنى جعل تلك الأمور و هى إعدام خاصه أمثله للنفى الصرف و العدم المطلق؟ (و ثالثا) لا معنى لمقابله النفى الصرف بالتواتر بل المقابل للنفى الصرف هو النفى المضاف

أی المقید، و ای ربط للتواتر هنا، و هل هذا الا نظیر تقسیم الشی ء إلی الأعم منه و الأخص فتدبره.

و کـان حق التعبیر ان یقال ان النفی الخاص مثل ان فلانا غیر مـدیون لفلان و لم یسـقترض منه فی الوقت الفلانی لأنی کنت معه فی ذلک الوقت فإن أثبت ذلک بالبینه ای بشاهدین عدلین انه فی الوقت الفلانی لم یستقرض أو أثبته بالتواتر حکم الحاکم بأنه غیر مـدیون و الاـ فلاـ و من هنـا تعرف الاشـکال «رابعـا» و هو انه لا ینحصـر إثبات ذلک بالتواتر بل تکفی البینه أیضا فتقبل بینه العدلین کما تقبل بینه التواتر.

ماده (١٧٠٠) یشترط ان لا یکون فی الشهاده دفع مغرم أو جر مغنم الی آخرها.

هـذه الماده أیضا مختله جـدا، بل ان هذا الباب اعنی باب قدح التهمه بالشـهاده لجر مغنم أو دفع مغرم یلزم سده تماما إذ لا موقع له أصـلا بعـد اعتبار العـداله فی الشاهـد و کون العداله هی تقوی اللّه عز شأنه التی تمنع صاحبها من ارتکاب الکبیره و أی کبیره أعظم من شـهاده الزور فـان کان الشاهـد عادلا لم یشـهد بالباطل و لو کان له الف مغنم أو دفع الف مغرم و الا فلا تقبل شـهادته لعدم عدالته لا لقضـیه التهمه نعم ذکر أصـحابنا اشتراط عدم التهمه فی الشاهد و لکنهم لم یتسـعوا فیه بهذه التوسعه التی ذکرتها «المجله».

و هذه أیضا من المسائل التی لم یحسن تحریرها لا فقهاؤنا و لا فقهاء

الجمهور فبقيت مقنعه بقناع الإبهام و التخليط و منشأ الوهم عنـدنا انه ورد عده اخبار عن أهل البيت سـلام اللّه عليهم ان المتهم و الظنين لا تقبل شـهادته مثل خبر ابن سـنان قلت لأبى عبد اللّه اى الصادق عليه السّلام ما يرد من الشهود قال الظنين و المتهم قلت فالفاسق و الخائن قال كل هـذا يـدخل فى الظنين، و بهـذا البيان عده اخبار فجعلوا ارتفاع التهمه شـرطا مسـتقلا غير العداله مع ان المتـدبر فى تلك الاخبار يجـدها صـريحه فى ان المتهم هو الفاسق أو أعم منه و خلاصه ما تسـتفاد منها ان الظنين ترد شـهادته و المراد بالظنين هو الـذى يظن به السوء اما لظهور فسـقه و خيانته أو لأنه غير محرز العـداله و هو مجهول الحال و لا يظن الخير فيه فليس المقصود منه الا ـ بيـان شـرطيه العـداله لا ـ شـرط آخر فى قبالها فكان اللازم حسب متانه التحرير و حسن البيان ان يقال: ان العداله شـرط قبول الشاهد فلا تقبل شهاده الفاسق و هو مرتكب الكبائر المعروفه و لا الخائن و لا مجهول الحال المتهم بجر مغنم أو دفع مغرم بشـهادته، و هذا هو مفاد تلك الطائفه من الاخبار، اما عدم قبول شـهاده الشـريك لشـريكه فإنها ان كانت فى المال المشترك العائـد له و لشـريكه فعـدم قبولهـا لأنهـا من قبيل شـهاده الإنسان لنفسه و هى باطله قطعا و التبعيض غير صـحيح أو غير ممكن و ان كان فى مال آخر يختص بالشـريك فهى مقبوله مع اسـتجماع الشـرائط من عـداله و غيرها و يلحق به شـهاده الوكيل لموكله لان الوكيل كالاصيل، و مثله الوصى على مال لموصيه أو القيم على مال لليتيم و انما ترد شهاده هؤلاء بناء على انهم

فرع بمنزله الأصل و ان كان فيه للمناقشه مجال خصوصا فى الوصـى و القيم و منه أيضا شـهاده أحـد العاقله بجرح شـهود الجنايه فـإنه يـدفع عن نفسه ضـررا فهو من قبيـل شـهاده المرء لنفسه و شـهود بعض القافله على قاطع الطريق عليهم أو اللصوص الناهبين لأـموالهم إلاـ إذا كـان ممن لم يؤخـذ منه شـى ء فهؤلاء لا تقبل شـهادتهم و ان كانوا عـدولا لاتحاد الشاهـد و المشـهود له و لو بالضـميمه،،، أمـا النسب فغير قادح أصـلا فى الشـهاده بعـد إحراز العـداله و كـذلك السـبب فتقبل شـهاده الزوج لزوجته و عليها كـالعكس كما تقبل شـهاده الأرحام بعضـهم لبعض مطلقا حتى الأب على ولـده و له اما شـهاده الولـد على أبيه فقـد اختلف فيها أصـحابنا فطـائفه ذهبت الى القبول على العموم و اخرى إلى عـدمه لأخبـار خـاصه تـدل على ذلـك، ففى بعض الاخبـار لا تقبل شهاده الولد على والده و لعل أكثر أصـحابنا على هذا، و لكن ذلك الخبر معارض مضافا الى العمومات بأخبار أقوى منه سـندا و أكثر عددا، ففى خبر داود بن الحصـين انه سـمع الصادق سـلام اللّه عليه يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين و الولد و لا تقيموها على الأخ فى الـدين بالضـر قلت و ما الضـر قال إذا تعـدى صاحب الحق خلاف ما أمر اللّه و رسوله و مثل ذلك ان يكون لرجل على آخر دين و هو معسـر و قد أمر اللّه بإنظاره حتى يتيسـر قال فنظره الى ميسـره و يسألك أن تقيم الشهاده و أنت تعرفه بالعسر فلا يحل لك ان تقيم الشـهاده، و مثله خبر ابن سويد أقم الشهاده و لو على نفسك أو الوالدين و الأقربين فإن خفت على أخيك ضيما فلا، و فوق

هـذا كله قوله تعالى كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُـهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِـكُمْ أَوِ الْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ، و مناقشات صاحب الجواهر «ره» فى هـذه الوجوه ضـعيفه ليست بشـى ء، نعم ان كان شـى ء يتأبـد به خبر عدم القبول- فهو الوجه الاعتبارى و هو ان شـهاده الولد على أبيه توجب حزازه فى نفس الأـب و قـد تنجر إلى النفره الموجبه لانحلاـل النظـام العائلى و حـدوث الفتن و المفاسـد و كل ذلـك مما يعلم حرص الشارع الحكيم على عـدم وقوعه، و من المعلوم ان الشـهاده انما يجب أداؤها حيث لا يسـتلزم ضـررا على الشاهـد و حيث ان الغالب فى شـهاده الولـد على أبيه هو ترتب شـى ء من الإضـرار و المفاسد و لا سـيما مع حاجه الولد لأبيه فى الغالب فلعل الشارع منع تلك الشهاده درء لتلك المفاسد و يكون كتخصيص عقلى و شرعى لعموم الآيه و الروايات فتدبره جيدا و لاـ تتسـرع إلى المنـاقشه فيه قبـل تـدبره، و ممـا ذكرنا ظهر لك ان جميع الأنواع التى ذكرتها المجله فى هـذه الماده و حكمت بعـدم قبول شـهادتهم- هم مقبولو الشـهاده عندنا مع عدالتهم حتى شـهاده الصديق لصديقه مهما بلغت الصداقه بينهما لا كما فى ماده (۱۷۰۱) من عدم قبولها إذا وصـلت صداقتهما إلى مرتبه تصـرف أحدهما فى مال الآخر،،، نعم لا تقبل الشـهاده كما عرفت حيث تكون من قبيل شـهاده الإنسان لنفسه أو الفرع لأصله الموجب لاتحاد الشاهد و المشهود له حقيقه أو حكما و يكون شاهدا و مدعيا كما فى ماده «۱۷۰۳»

و ماده «۱۷۰۴»،،، اما- ما ذكره فى هذه الماده من عدم صحه شهاده الحاكم المنفصل عن بلده على الحكم الصادر منه قبل العزل و اما إذا شهد بعد العزل على إقرار من أقر فى حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته- فلعل وجهه ان الشهاده فى الصوره الأولى شهاده لنفسه أو إقرار منه و فى الصوره الثانيه شهاده على فعل الغير و إقراره فيقبل و أنت خبير بان اعتراف الحاكم بحكمه لا تنطبق عليه أوصاف الشهاده و شروطها و لا صفات الإقرار و انما هو اخبار صرف عن أمر وقع منه فلا خصومه حتى يكون شهاده و لا يلزمه بذلك حق حتى يكون إقرارا فتدبره.

بقى فى المقام شى ء و هو قضيه العداوه المذكوره فى ماده (۱۷۰۲) يشترط ان لا يكون بين الشاهد و المشهود عليه عداوه دنيويه

و تعرف العداوه الدنيويه بالعرف،،، و ذكرها أيضا جماعه من أصحابنا فى جمله شروط الشاهد و ذكروا أن العداوه الدينيه لا تقدح فالمسلم تقبل شهادته على غيره و غيره لا تقبل شهادته لأن الإسلام شرط عام فى الشاهد. اما العداوه الدنيويه فذكروا فى ضابطتها- ان يعلم من حال أحدهما سروره بمساءه الآخر و مساءته بسروره أو يكون قد وقع بينهما تقاذف، و غير خفى أن سرور الرجل بمساءه الآخر و بالعكس دليل على البغضاء و الشحناء الكاشف عن الحقد و الحسد بينهما و هو من أكبر الكبائر و أعظم المحرمات التى تطاردها الشريعه الإسلاميه بكل حول و قوه فأين تكون العداله حينئذ؟ اما .. تقييد بعضهم بأنها حيث

لا تنافى العداله فهو افتراض محض لا حقيقه له فى التحصل و الخارج و على كل فالركن الأعظم و الشرط الأهم فى الشاهد هو العداله المذكوره فى ماده «۱۷۰۵» يشترط فى الشاهد ان يكون عادلا ـ الى آخرها و كان حق هذا الشرط تقديمه على سائر الشروط و لكن المهم فى المقام تعريف العداله فقد اختلف فى حقيقتها و التعريف عنها فقهاؤنا أشد الاختلاف و ألقوا فيها بالخصوص رسائل مستقله فبين قائل انها ملكه نفسانيه تمنع من ارتكاب الكبائر و الإصرار على الصغائر، و هذا هو تعريفها المعروف و ينكشف ذلك بطول المعاشره و المزاوله معه فيستدل عليها بآثارها كما يستدل على سائر الملكيات النفسانيه من الشجاعه و الكرم و أضدادها بآثارها، و لما كان الوقوف على ذلك من أشق الأمور و أصعبها عدل عنه آخرون و عرفوها بحسن الظاهر يعنى ان لا تجده قد ارتكب المعصيه فى وقت اى يكون متسترا ظاهر الصلاح سواء كانت عنده تلك الملكه النفسانيه أم لا ـ اما (المجله) فقد جاءتنا بتعريف غريب لا يتحصل الا للبارى جل شأنه و ملائكته المقربين و هو ان تكون حسناته غالبه على سيئاته و لا يخفى ان هذا لا ينكشف تماما الا يوم القيامه يوم تنصب الموازين و تنشر الدواوين و يقوم الناس للحساب بين يدى رب العالمين،،، و الا فأى شخص يستطيع أن يحصى إعمال الآخر و يميز بين حسناته و سيئاته و يزنها وزنا صحيحا فيعرف أنها متساويه أو إحداهما تزيد على الأخرى، «هذا أولا» و «ثانيا» ان التفريع المذكور

فی المجله لاـ ینطبق علی هـذا التعریف حیث قـالت: بنـاء علیه لاـ تقبـل شـهاده من اعتـاد حالاـ و حرکه تخـل بالناموس و المروه کالرقاص و المسـخره و لا تقبل شـهاده المعروفین بالکذب،،، و بهذه الأمثله قد خرجت القضـیه عن مسأله الحسنات و السیئات و صار الناس کلهم عـدولا الا افرادا معدوده و هم الرقاصون و المضـحکون و المعروفون بالکذب فأین الحسـنات و السـیئات إذا و ربما أرادوا بهذا جعل الضابطه حسن الظاهر فقصـرت عبارتهم أو عربیتهم عن ذلک، و یظهر الفرق فی مجهول الحال، فإنه عادل بمقتضـی التفریع و لیس بعادل علی حسن، الظاهر و هنا یجی ء حـدیث الواسـطه و هل هما ضـدان وجودیان أو نقیضان یتقابلان بالسـلب و الإیجاب و الأول أرجـح أو أصـح، و خلاصه التحقیق عندنا ان فقهاء الفریقین رضوان اللّه علیهم لو ترکوا الخوض فی هذه المواضـیع الی العرف فهو اعرف بها و أوصل إلیها من تعاریفهم الفنیه و صـناعاتهم العلمیه التی تبعد الطریق إلی معرفه هذه الموضوعات الا تری ان العرف فی کل بلد اعنی أهالی کل بلده یعرفون أهل الصـلاح فیهم و التقوی کما یعرفون الفسقه الفجره المتجاهرین بالمعاصـی نعم یبقی فی البین مجهولو الحال فیلزم الحاکم البحث عن حالهم بشـهود التزکیه و التعریف حتی یحصل له الاطمئنـان بـأنه رجل صادق اللهجه لا یتعمـد ارتکاب المعصـیه و لا یتهاون بحرمات اللّه عز شأنه و علی کل فان بعض الفقهاء فی باب العداله قد ضیقوا واسعا ففی کثیر من الأحادیث النبویه و اخبار

أئمتنا صلوات اللّه عليهم جميعا ما معناه أو لفظه تقريبا: من حدثكم فلم يكذبكم و وعدكم فلم يخلفكم و عاملكم فلم يظلمكم و ائتمنتموه فلم يخنكم فقد ظهرت مروته و حرمت غيبته و وجبت عدالته، و فى هذا القدر من البحث فى العداله كفايه نسأله تعالى ان يجعلنا و حكامنا من أهل العدل و العداله فإن عداله الحكام و الوكلاء أهم من عداله الشهود، و هى اليوم فيهم أو فى العموم على أوسع معانيها أعز من الإكسير، و لا يحصل القليل منها فى الكثير، و لا حول و لا قوه إلا باللّه

الفصل الرابع فى (موافقه الشهاده للدعوى)

ماده (١٧٠٦) تقبل الشهاده ان وافقت الدعوى و الا فلا،، هذا مما لا ريب فيه، و لكن ربما يأتى المناقشه فى بعض الأمثله المذكوره هنا كالمثال الأخير فإن المديون إذا ادعى انه قد ادعى الدين و شهد الشهود أن الدائن قد أبرأه فقد اختلفت الشهاده عن الدعوى ضروره أن الأداء غير الإبراء (و بالجمله) اللازم مطابقه الشهاده للدعوى تماما نعم لا يضر اختلاف التعبير مع وحده المفاد و وضوح الحال كما

لو ادعى ان الدار لى و شهد الشهود انها ملكه أو ادعى ان هذه دابتى اغتصبها فلان و شهد الشهود أنه أخذها منه قهرا و هكذا، اما لو اختلف الموضوع فى الشهاده و الدعوى و لو بالعموم و الخصوص و القله و الكثيره ففى قبولها مجال للتأمل، و منه يظهر وجه الإشكال فى ماده (۱۷۰۷) فإن الاختلاف بالسنه و السنتين و الالف و الخمسمائه ليس اختلافا فى التعبير فقط بل اختلاف فى الموضوع فتدبره.

و لعل هذا الاختلاف لا يقدح فى بعض ظروف الدعوى و تشخيص ذلك منوط بنظر الحاكم الذكى و على هذا الأساس يبتنى ما فى ماده [۱۷۰۸] من كون الدعوى أقل مما شهدت به الشهود فان تشخيص المقبول من المردود و إمكان التوفيق و عدمه كله منوط الى لباقه الحاكم و لوذعيته أو تخلص المدعى أو وكيله من ورطه الاختلاف و مثله الكلام فى اختلاف الشهاده و الدعوى بالإطلاق و التقييد المذكور فى ماده «۱۷۰۹» من دعوى المدعى الملك المطلق و شهاده الشهود الملك المقيد و لا يجب على الحاكم السؤال عن السبب و لو سأل فاختلف و قال ملكته بسبب آخر غير ما ذكرته الشهود أمكن الصحه فى مقام كما يمكن الرد فى آخر و هو أيضا موكول الى بعد نظر الحاكم و دقته و لذا كان القضاء من أصعب الأشياء (و القاضى على شفا) و مما ذكرنا يظهر أيضا وضوح المناقشه فى ماده (۱۷۱۰) التى خلاصتها ان المدعى إذا ادعى الملك المقيد و شهدت الشهود بالمطلق تقبل شهادتهم، و لكن لو صرح البائع بقوله اشتريته من فلان و شهد

الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم، فإن الأصح القبول و ما ذكروه من التعليل لعدم القبول عليل إلى الغايه ضروره أن مصب الدعوى تختلف فتاره يكون الموضوع ملك البستان و عدمه من غير نظر الى قضيه المنافع و الزوائد أصلا، فهذا لا يضر فيه قضيه تقدم التاريخ و عدمه أو الإطلاق و التقييد من هذه الجهه نعم لو كان مصب الدعوى هو النماء اى نماء السنه السابقه أو السنتين فالمشترى يدعى تقدم البيع ليكون نماء تلك السنه له و البائع يدعى تأخره كى يكون له و هنا لو اختلفت الشهاده عن الدعوى بالإطلاق و التقييد لم تقبل و لم تنفع فتدبره جيدا، نعم ما فى ماده «۱۷۱۱» من الاختلاف فى السبب قادح قطعا لاختلاف الموضوع بين الشهاده و الدعوى بالتباين.

الفصل الخامس فى (بيان اختلاف الشهود)

كما يلزم اتفاق الشهاده و مطابقتها للدعوى كذلك يلزم اتفاق شهاده الشهود فى أنفسهم بالنسبه إلى شهادتهم فلو اختلفوا فشهد أحدهم بألف من الذهب و الآخر بألف من الفضه لم تقبل كما فى ماده

(۱۷۱۳) أو اختلفا فی نوع المشـهود به أو مقـداره أو وصف من أوصافه المحسوسه كاللون لم تقبل أيضا كما فی ماده «۱۷۱۴» و ماده «۱۷۱۵» المتضمنتين اختلافهما فی اللون أو المقدار، أما- ماده «۱۷۱۳» المطوله فليس لها حقيقه محصله، فان الفعل و القول سواء فی إمكان أن يكررا، و كما لا معنی لتكرير الفعل كأداء الدين الواحد و الغصب و نحوه فكذلك لا معنی لتكرير بيع الشـیء الواحـد مره فی الـدار و اخری فی الحانوت، فالأصـح ان كل هـذه الاختلافات سواء فی الفعل أو القول قادحه فی الشـهاده و لا يتم النصاب بالشاهدين المختلفين فی خصوصـيات الشـهاده إلا ما يعود الی اختلاف التعبير أو الإطلاق و التقييد كما لو شـهد انه باع و شـهد الآخر انه باع فی الحانوت اما الخصوصيات المتباينه فلا تقبل معها الشهاده مطلقا الا إذا حصل للحاكم اليقين بالوحده من بعض قرائن الأحوال التی لا تنضبط بضابطه و ليس لها قاعده عامه.

الفصل السادس فی (تزکیه الشهود)

ماده «۱۷۱۶» إذا شهدت الشهود و سأل الحاکم المشهود علیه بقوله ما تقول فی شهاده هذین أ هما صادقان أم لا

- الی آخرها.

تحریر هذا البحث کما یحق له و یستوفی عامه نواحیه. ان البینه إذا شهدت عند الحاکم فاما ان یکون عالما بعد التهما أو عالما بفسقهما أو مجهولی الحال عنده فان کان عالما عمل بمقتضی علمه قبولا أو ردا و لا حاجه الی السؤال و المراجعه لأنه مکلف بالعمل بعلمه نعم لو کان مستند علمه الاستصحاب فللمدعی أو المدعی علیه ان یراجع الحاکم فی إثبات تبدل الحال السابق من فسق إلی عداله أو من عداله إلی فسق فیطلب الحاکم البینه علی ذلک و ان کان جاهلا- بحالهما سأل من المدعی علیه فان اعترف بصدقهما فهو إقرار بتعبیر آخر و ان اعترف بعدالتهما فقط فهو أیضا کالا-عتراف اما لو اعترف بعدالتهما و ادعی انهما أخطئا أو نسیا فإن أثبت ذلک أبطلها الحاکم و الا أمضاها، و ان قال هما شاهدا زور طلب من المدعی تزکیتهما فان زکاهما کان علی

الحاكم ان يعرف المدعى عليه ان له حق الجرح فان جاء بينه على الجرح تقدمت على بينه التعديل على المشهور لان الجارح يقول اعلم و المعدل يقول لا اعلم و أنت خبير بان هذا غير مطرد فان المعدل قد يشهد أيضا بالإيجاب و نفى ما يقوله الجارح فلو قال الجارح رأيته يشرب الخمره بالأمس فى المحل الفلانى و المعدل يقول انه فى هذا الوقت كان عندى و فى بيتى، و الحاصل لا طائل فى هذا البحث أصلا فإنه يختلف باختلاف الخصوصيات الزمانيه و المكانيه و الأشخاص و غير ذلك فإرجاعه إلى نظر الحاكم ان كان من أهل النظر أصح و أصلح،،، اما طريقه التزكيه فهى كما فى ماده «۱۷۱۷».

تزكى الشهود من الجانب الذى ينسبون إليه يعنى ان كانوا من طلبه العلوم يزكون من مدرس المدرسه و من معتمد أهاليها إلى آخرها لعل الأصل فى هذا ما روى فى بعض الاخبار من ان النبى صلى اللّه عليه و آله كان إذا شهد عنده شاهد يرسل شخصين لا يعلم أحدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فان جاءا بمدح و ثناء حكم و ان جاءا بشين ستر عليهما و دعا الخصمين الى الصلح و ان لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عن الشاهدين فان زكاهما حكم و إلا طرحهما،، و من المعلوم ان سؤال القبيله و مدرس المدرسه و معتبرى التجار و نحو ذلك انما هو من جهه انه هو الطريق المتعارف و لأنهم هم المطلعون على حاله فى الغالب لا ان طريق التزكيه منحصر فيه كيف و قد يتفق بل كثيرا ما يتفق ان يكون للشاهد أصدقاء مختصون به لازموه فى

سفر أو حضـر فاطلعوا على دخيله أمره، و خفى سره، بما لم يطلع عليه مدرسه و لا قبيلته، و بالجمله فهذا أمر موكول الى المدعى و هو الملزوم بإثبات تزكيته بأى نحو كان، و اللازم عندنا تزكيته مطلقا سواء كانت فى السـر أو العلن نعم تزكيه السر اولى صيانه عن هتك الـذمه و أوقع فى براءه المزكى من المراعاه لحاله الخجل و الحياء فاللازم الاكتفاء اما تطلبهما معا فهو لمزيـد الاحتياط و التوثق و لو كـانت لازمه فهى موكوله إلى نظر الحاكم فله أو عليه ان يتحرى أحـد الطرق الموصـله إلى حصول الثقه بهما سواء كان بالنحو المـذكور فى ماده «۱۷۱۸» من الورقه المسـتوره أو غيرهـا و كلما ذكر فى هـذه الماده و ما بعـدها ليس فيه أمر محتم لازم و لا شـى ء منصوص عليه و انما هى أمور غالبه و طرق متعارفه فقـد يرى الحاكم أو المـدعى فى إثبات التزكيه أو المـدعى عليه فى إثبـات الجرح طريقـا غير هـذه الأوضاع المحرره فى هـذه المواد فلا داعى لإطاله البحث فيها، نعم ما فى ماده «۱۷۲۴» لا يشتغل الحاكم بتزكيه الشهود الثابته عدالتهم فى ضمن خصوص عنده الى آخرها.

و محصـلها ان الحاكم إذا ثبت عنـده عـداله شاهـدين ثم شـهدا عنده بأمر مخصوص غير ذلك المورد فلا حاجه الى تزكيه ثانيه إلى سـته أشـهر و يحتـاج إليهـا بعـد المـده المزبـوره، و لكنـك خـبير بـأنه لاـ حـاجه الى الـتزكيه الجديـده عنـده مطلقـا لمكـان الاستصحاب نعم للمدعى عليه حق الجرح و إثبات عروض الفسق إذا ادعاه و هذا أمر آخر غير

قضیه التزکیه، نعم لو رفعت خصومه إلی حاکم آخر و شهد أحدهم عنده و هو لا یعرفه احتاج الی تعدیله، و کل هذا واضح کوضوح ماده (۱۷۲۴) إذا طعن المشهود علیه قبل التزکیه أو بعدها الی آخرها.

ماده «۱۷۲۵» إذا عدل بعض المزکین الشهود و جرحهم بعض لم یحکم الحاکم بشهاده أولئک الشهود لانه یرجح طرف الجرح.

مرت الإشاره الی ان المشهور ان الجرح مقدم علی التعدیل لأن التزکیه ترجع الی انی لا ادری و الجرح یرجع الی أنه یدری و من یعلم حجه علی من لا یعلم و قد عرفت المناقشه فیه و انه علی إطلاقه غیر مسلم.

ماده «۱۷۲۶» إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهاده فی المعاملات فللحاکم ان یزکیهم و یحکم بشهادتهم.

لعل وجهه استصحاب وجوب العمل بشهادتهما و هو فی صوره موتهما لا یخلو من نظر و الإطلاقات منصرفه عن الأموات، و لکن أصحابنا أرسلوا هذا الحکم إرسال المسلمات ففی (الشرائع) ما نصه:

لو شهدا و لم یحکم بهما فماتا حکم بهما و کذا لو شهدا ثم زکیا بعد الموت و کذا قال رحمه اللّه فیما لو شهدا عادلین ثم فسقا قبل الحکم فإن العبره بعد التهما حال الشهاده لا حال الحکم.

تذنیب فی (تحلیف الشهود)

ماده «۱۷۲۷» إذا ألح المشهود علیه علی الحاکم بتحلیف الشهود بأنهم لم یکونوا کاذبین و کان هناک لزوم لتقویه الشهاده بالیمین فللحاکم ان یحلف الشهود و له ان یقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتکم و الا فلا.

هذا الحکم استحسانی جزافی و الشاهد لا یمین علیه أصلا فإنه اما ان یکون عادلا فعدالته کافیه فی حصانته و مناعته عن تطرق الکذب، و اما ان یکون فاسقا و الفاسق کما لا یتحرج عن الکذب لا یتحرج عن الیمین الکاذبه و اما ان یکون مجهول الحال فهو غیر مقبول الشهاده أصلا، فأین موضع فائده الیمین؟ فلیتدبر.

الفصل السابع فی (رجوع الشهود عن الشهاده)

تحریر هـذا البحث ان الرجوع عن الشـهاده امـا قبل الحکم أو بعـده قبل الاجراء أو بعـده و بعـد الاجراء و التنفیـذ، ثم الحکم فی صوره الرجوع امـا ان یکون متعلقـا بمـال أو نکـاح أو طلاـق أو حـد أو دیه أو قصـاص فی نفس أو طرف، فان کان الرجوع قبل الحکم سـقطت الشهاده و لا سبیل للحکم لأن الشهاده قتلت نفسها و لا یدری أ صدقوا فی الأولی أو الثانیه، و هو المصرح به فی ماده (۱۷۲۸) إلی قوله و یعزرون و التعزیر هنا غیر معلوم الوجوب نعم لو کان فیها قـذف کشـهود الجرح أقیم علیهم الحـد، و ان کـان الرجوع بعـد الحکم قبـل الاجراء، و کان المتعلق مالا أو نکاحا و طلاقا نفـذ الحکم و غرما المال و ان کان قصاصا أو حـدا سقط لان الحـدود تدرأ بالشـبهات و الرجوع یوجب الشـبهه قطعا، و یعزر الشاهد أو یحد طبعا، و الی بعض هذه النواحی أشارت (المجله) ماده «۱۷۲۹» و التی أحالـت علیها و هی ماده (۸۰) فقد أشارت الی

عـدم نقض الحكم و هذا انما هو فى المال فقط إجماعا و فى الطلاق و النكاح على الأشـهر، اما فى الحدود و القصاص فلا نفوذ إجماعا أيضا اما لو كان الرجوع بعد الحكم و الاجراء فإن كان المحكوم به مالا فالغرامه بلا اشكال عينا أو دينا، و ان كان نكاحا أو طلاقا نفـذ فلو شـهدا ان زيدا طلق زوجته و حكم الحاكم و تزوجت نفذ فان كان بعد دخول الأول بها فلا غرامه لأن المهر قد استقر بالـدخول و ان كـان قبـل الـدخول غرم للأـول نصف المهر الـذى دفعه للزوجه، و قيل بل يبطل الثانى و تعود إلى الأول و يغرم الشاهدان برجوعهما ما دفعه الثانى من مهر و غيره و هو قوى، و ان كان قصاصا أو حدا و رجعا بعد استيفائه فإن قالا تعمدنا اقتص منهمـا ان رجعا معا و يرد الفاضل كما لو اشتركا فى قتله و ان كان الراجع واحـدا اقتص منه و يرد الفاضل إلى أوليائه و ان قالاـ أخطأنـا يؤخـذ منهمـا الـديه و من أحـدهما النصف و لو كـانوا ثلاثه فمن كل واحـد الثلث و هكـذا لو شـهدوا بالزنا و رجم المحكوم ثم رجعوا فـان كـان عمـدا تخير بين قتلهم و رد فاضل الـديه و ان كانوا فالـديه و ان اختلفوا فى الإقرار بالعمـد و الخطأ جرى على كـل حكمه،،، و ممـا ذكرنـا يظهر لک ان الأصـح فيما لو زاد الشـهود على النصاب اشتراكهم فى الغرامه لو رجعوا أو رجع أحـدهم خلافا لماده (۱۷۳۰) إذا رجع بعض الشـهود على الوجه المـذكور أيضا فإن كان باقيهم بالغين نصاب الشـهاده إلى آخرها،،، فان الحكم فعلا قد استند إليهم اجمع و ان كان الحق يثبت بما دونهم.

الفصل الثامن فی (التواتر)

ماده «۱۷۳۲» لا اعتبار لکثره الشهود یعنی لا یلزم ترجیح شهود الطرفین لکثرتهم بالنسبه إلی شهود الطرف الآخر الا ان تکون کثرتهم بلغت درجه التواتر،، التواتر الذی هو عباره عن اخبار جماعه یمتنع تواطؤهم علی الکذب عاده مفید للعلم بالضروره و بعد العلم لا موضع للشهاده مهما کثر الشهود کما فی ماده (۱۷۳۳) إذ الظن لا یزاحم العلم بل لا یعقل حصول الظن بما یخالف العلم بل الظن الشخصی لا یعقل مزاحمته لظن آخر بخلافه نعم الظنیان یتعارضان کما فی تعرض البینتین و نحوه و قد یکون من بعض المرجحات الترجیح بالکثره کما لعله یأتی قریبا إن شاء اللّه. و باقی مواد هذا الفصل اتضحت مما ذکرنا.

الباب الثانی فی (الحجج الخطیه و القرینه القاطعه)

اشاره

و فیه فصلان)

الفصل الأول فی (الحجه الخطیه)

ملاـک هـذا الفصـل حصول العلم و الیقین فـان حصـل القطع من الخـط أو من دفاتر الحکومه لزم العمل بها و الا فلا. و منه یعلم حکم-

الفصل الثانی (القرینه القاطعه)

فان القرینه إذا أفادت العلم و الیقین فهو الحجه و الا فلا اثر لها و خروج شـخص من الـدار مـدهوشا و بیده سـکین ملوثه بالدم و وجد

فی الـدار شـخص مذبوح فی الوقت کل ذلک لا یفید الیقین بأنه القاتل و انما هو الظن و العلم البدوی لا المسـتقر و الا فکثیرا ما تـأتی الصـدف بـالغرائب و العجـائب و علی کل حال فما ذکره من المثال لا یجوز فیه المبادره إلی الحکم بکونه قاتلا کما یظهر من «المجله» و لا إهماله و إرساله فیطل دم المسلم بل یلزم توقیفه مع مزید التحری و التحقیق حتی تنجلی الحقیقه و لیس هذا من العبره بالوهم کما فی ماده «۷۴» بل الأخذ بالورع و الاحتیاط فی قضیه الدماء فلیتدبر.

الباب الثالث فی (بیان التحلیف)

ماده «۱۷۴۳» أحد أسباب الحکم الیمین أو النکول عنه الی آخرها.

سند هذا النبوی المشـهور إنما أقضـی بینکم بالبینات و الایمان و أحادیث أخری قریبه منه مما یدل علی ان فصل الخصومات اما بالبینه من المدعی أو الیمین من المنکر اما قول المجله هنا: و لکن إذا ادعی أحد علی آخر بقوله أنت وکیل فلان و أنکر الوکاله فلا یلزم تحلیفه

فلا ربط له بالمقام ضروره ان أصل الدعوى هنا غير مسموعه لأنها لا تلزم حقا للمدعى على المدعى عليه و قد سبق ان هذا أهم الشروط فى سماع الدعوى و من هنا يتضح عدم صحه ما ذكروه فى المثال الثانى و هو ما إذا ادعى شخصان مالا فى يد آخر بان كلا منهما قد اشتراه و أقر المدعى عليه بأنه باعه لأحدهما و أنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين، فان عدم توجه اليمين هنا ممنوع و ليست هى إلا كدعوى شخص على آخر انه قد اشترى ماله الذى بيده و أنكره صاحب اليد و ليس للمدعى بينه أ فلا يلزمه اليمين؟ و هكذا لو ادعى اثنان و اعترف لواحد و أنكر الآخر فان لمن أنكره ان يطالبه ضروره أنه يدعيه بحق لازم و هو تملك العين المخصوصه فاللازم ان يدفعه بحجه شرعيه و ليس الا اليمين و كذا الاستيجار و الارتهان و أمثالها.

ماده «۱۷۴۳» إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باللّه تعالى بقوله و اللّه و باللّه مره واحده،

لعل من المتفق عليه فى جميع مذاهب المسلمين ان اليمين بغير اللّه عز شأنه لا اثر له فلا تنحسم به خصومه و لا تجب فيه كفاره بل هو فوق ذلك محرم ذاتا عند جمع من الفقهاء و هو ظاهر جمله من الاخبار التى تنهى عن الحلف بغير اللّه بل المنع من الحلف بغيره [اما ان تحلف باللّه و الا فدع] كما لا إشكال فى كفايه المره الواحده نعم قد يترجح فى نظر الحاكم فى بعض الخصومات تغليظ اليمين زمانا أو مكانا أو ألفاظا بصيغه مخصوصه فيها تهويل على المنكر

عساه یعترف بالحق تفادیا من تلک الیمین کما ان له تحلیف الیهود و النصاری بتوراتهم و انجیلهم و مقدساتهم و کنائسهم و نحو ذلک.

ماده «۱۷۴۵» تجری النیابه فی التحلیف و لکن لا تجری فی الیمین.

تقدم فی باب الوکاله ان الیمین و النذر و العهد من الأمور التی لا یتحقق فیه الوکاله فلا یصح ان یوکل وکیلا فی استماع الدعوی عنه أو الحکم عوضا منه نعم له ان یوکل فی التحلیف وکیلا عنه فیحلف المنکر بحضوره و یبلغ الحاکم بذلک حتی یحکم إذا تمت بقیه الموازین و لکن لیس للحاکم ان یحلف الا بطلب المدعی تحلیف خصمه لانه حق له نعم له التحلیف بغیر طلب فی موارد ذکرت (المجله) أنها أربعه.

ماده «۱۷۴۶» الأول. الیمین المعروفه بیمین الاستظهار

و هی الدعوی علی المیت بدین إذا أثبته المدعی بشهود و یلزم الحاکم تحلیف المدعی الذی أقام البینه انه لم یستوف ذلک الحق بنفسه أو بوکیله من المیت و لا أبرأه و لا احاله و لا رهن علیه (الثانی) إذا ظهر لمال مستحق و اثبت دعواه حلفه الحاکم علی انه لم یبع هذا المال و لم یهبه لأحد (الثالث) إذا أراد المشتری رد المبیع لعیبه حلفه الحاکم انه لم یرض بالعیب قولا أو دلاله بتصرف کتصرف الملاک (الرابع) تحلیف الحاکم الشفیع عند الحکم بالشفعه بأنه لم یسقط حق شفعته بوجه من الوجوه، هذا ما ذکرته (المجله) من الموارد التی

يصح أو يلزم على الحاكم التحليف من دون طلب أحد و لكن لا صحه لشى ء منها عند الإماميه و لا يلزم اليمين فى شى ء من هذه الموارد الا اليمين الاستظهاريه فى الدعوى على الميت بدين أو عين للنص الخاص و ربما يتسرى الحكم بتنقيح المناط أو منصوص العله الى كل من هو كالميت كالدعوى على الطفل أو المجنون أو الغائب غيبه منقطعه على تأمل فى الشمول أيضا و هل يسرى وجوب ضم اليمين الى المدعى على الميت إذا كان هو أحد الورثه و الى المدعى إذا كان وصيا أو قيما على الصغير و هل تجب حتى مع العلم بعدم الوفاء و الإبراء أو حتى مع شهاده البينه ببقاء الدين الى موته و هل تجب يمين ثانيه فى مورد ثبوت الحق بالشاهد و اليمين و هل تقبل الإسقاط أم لا و هل تجب مع إقرار الميت و هل تجب مع دعوى الوصيه العهديه أو التمليكيه بعد إقامه البينه أم لا،،، كل هذه مسائل معضله و مباحث مشكله لم تتعرض المجله لشى ء منها مع اهميتها، اما المواضع الثلاثه المذكوره فى هذه الماده فلا نص و لا قاعده تقتضى لزوم اليمين فيها و لا سيما فى الموضع الثانى الذى أثبت المدعى دعواه فما وجه لزوم اليمين عليه بعد الإثبات؟

و انما اليمين حسب القاعده العامه على المنكر لا على المدعى الا ما خرج بالنص و مثله الموضعان فان الرد بالعيب حق للمشترى و إذا ادعى البائع رضاه بالعيب فعليه الإثبات و ان عجز كان له طلب اليمين لا ـ للحاكم على حد سائر الخصومات و كذلك الشفيع له حق الشفعه فإذا ادعى المشترى انه أسقط حقه لم يقبل منه الا بإثبات ذلك فإذا تكونت بينهما

خصومه كان حالها حال سائر الخصومات و لا شي ء هنا مخالف للقواعد العامه كما فى يمين الاستظهار فتدبرها جيدا.

ماده «۱۷۴۷» إذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه،،،

حق اليمين كما عرفت للمدعى و لكن بشرط ان يطلب من الحاكم تحليف المدعى عليه فلو حلفه مباشره لم تكن اليمين حاسمه للدعوى الا ان يجرى بينهما عقد صلح على ان يسقط المدعى دعواه بيمين المدعى عليه فتسقط الدعوى و تكون اليمين حاسمه قهرا،،، ثم ان من احكام اليمين انها لا- تجوز الا على المعلوم المتيقن فان كان المحلوف عليه من فعله أو تركه امكنه اليمين لانه معلوم له لو كان من فعل غيره فان كان معلوما له جاز الحلف عليه أيضا و إذا لم يكن معلوما فلا يسوغ الحلف الا على عدم العلم بذلك الفعل لا على عدمه واقعا، و مما ذكرنا يظهر لك القصور فى ماده «۱۷۴۸» إذا حلف أحد على فعله الى آخرها.

ماده «۱۷۴۹» اليمين اما بالسبب أو بالحاصل،،،

هذا الاصطلاح و التقسيم لا اثر له و لا فائده فيه نعم اليمين تاره تتعلق بالسبب مثل الحلف على وقوع عقد البيع أو الهبه و اخرى تتعلق بالنتيجه كالحلف على ان هذه الدار ملك زيد و لا شك ان هذه أقوى فلو تعارضتا كان نظير تعارض بينه السبب مع بينه النتيجه حيث تقدم الثانيه على الاولى قطعا كما يأتى فى محله إن شاء اللّه.

ماده «۱۷۵۰» إذا اجتمعت دعاوی مختلفه یکفی فیها یمین واحده و لا یلزم التحلیف لکل واحده علی حده،،،

عرفت ان الیمین حق المدعی فإذا تعددت دعاویه أو تعدد المدعون.

علی شخص واحد فإن رضـی أو رضوا جمیعهم بیمین واحده فهو و الا فلکل واحد ان یلزمه بیمین مستقله کم له إلزامه عن کل دعوی بیمین

ماده «۱۷۵۲» إذا کلف الحاکم من توجه الیه الیمین – و نکل عنها صراحه إلی آخرها،،،

النکول یحصل بقوله لا احلف فیقال له:

رد الیمین علی المدعی فان قال لا أرد أو سکت بلا عذر صارنا کلا و صح الحکم علیه.

لاحقه

ماده «۱۷۵۳» إذا قال المدعی لیس لی شاهد ثم أراد ان یأتی بشـهود أو قال لیس شاهد سوی فلان و فلان ثم قال لی شـهود أخر لا یقبل قوله.

انما لا یقبل إذا لم یبد وجها معقولا و عذرا مقبولا اما لو أبدی ذلک فاللازم القبول و هو واضح.

الباب الرابع فی (بیان ترجیح البینات و التحالف

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان التنازع بالأیدی)

ماده «۱۷۵۴» یلزم إثبات وضع الید بالبینه فی العقار المتنازع فیه و لا یحکم بتصادق الطرفین،،،، اعلم ان هذه المباحث اعنی مباحث اختلاف الأیدی و تعارض البینات من أهم و أعضل مباحث القضاء، و مواد «المجله» فیها مع أنها ناقصه بتراء غیر مستوفیه مشوشه غیر منقحه و لا موضحه، و تحریر

هذه المشكلات بأسلوب جلی و مستوعب يستدعی «أولا» تمهيد مقدمه و هی ان اليد التی هی اماره علی الملكيه شرعا و عرفا- عباره عن السلطنه و الاستيلاء علی العين الخارجيه و تعرف هذه السلطنه و الاستيلاء بآثارها و هی تختلف أشد الاختلاف باختلاف الأعيان و الأجناس و الزمان و المكان و الأوضاع فاليد علی الدراهم ای السلطنه و الاستيلاء يحصل بوضعها فی جيبه أو كيسه أو صندوقه أو محفظته و أمثالها و اليد علی الدابه يحصل بركوبه عليها و وضعها فی اصطبله و ندوده، و اليد علی الدار بسكناه فيها و إيجارها و عمارتها، و اليد علی العقار بزرعه و استغلال عائده و هكذا كل شی ء بحسبه فان علم ذلك حكمنا بملكيه صاحب اليد و صح لنا ان نشتری منه و لا يجوز لنا التصرف إلا باذنه و ان لم يعلم انه هو صاحب اليد كالدابه فی الطريق أو الثوب الملقی فان ادعاه شخص و لم يعارضه آخر فهو محكوم بأنه له لقاعده المدعی بلا معارض المستفاده من جمله من الاخبار و ان عارضه معارض فسيأتی حكمه فی المقاصد، إذا تمهدت هذه المقدمه و عرفت معنی حقيقه اليد الداله علی الملكيه- فاعلم انه لو تنازع اثنان أو أكثر فی عين يدعی كل واحد منهم انها له فلا يخلو من اربع صور «الاولی» ان تكون فی يدهما معا ای ان كل واحد منهما له الاستيلاء و هی تحت سلطتهما و تصرفهما معا كدار يسكنانها معا أو دابه فی اصطبلهما و هكذا و النزاع فی هذه الصوره يتصور علی نوعين «الأول» ان يدعی أحدهما الاختصاص بها اجمع و الثانی ان يتعرف له بنصف منها و ان له

النصف الثانی فقط، و هذا من أوضح موارد المدعی و المنکر فان اتی مدعی الکل ببینه حکم له بالکل و لا فیحلف الثانی و تکون العین بینهما علی المناصفه (الثانی) ان یدعی کل منهما الاختصاص بها اجمع و هذا القسم من المشکلات فقد یجعل من باب التداعی فاما ان تقوم البینه لأحدهما فیحکم له بالکل أو لا بینه لکل منهما فیتحالفان و تکون العین لهما بالمناصفه أو تکون لکل واحد منهما بینه فیتعارضان، ثم اما ان یتحالفا و تبقی العین لهما أیضا مناصفه أو تنصف بلا تحالف و الأول أصح و أحوط، و قد یجعل من باب المدعی و المنکر فإن أقام مدعی الکل البینه حکم له بالعین اجمع و الا حلف المعترف علی ان النصف له و حکم له به و هذا هو الأقوی، و الضابط الفارق بین باب التداعی و باب المدعی و المنکر أن المتنازع علیه ان کان فی ید أحدهما فهو المنکر و الآخر مدع و ان لم یکن فی ید أحدهما أو لا ید علیه فهو باب التداعی و التحالف و تظهر الثمره فی عدم لزوم حلف مدعی الکل و تقدیم بینته مع التعارض علی القول بتقدیم بینه الخارج (الصوره الثانیه) ان تکون فی ید أحدهما فقط و الآخر یدعی الکل أو النصف و هذا أیضا باب المدعی و المنکر و حکمه واضح (الثالثه) ان لا یکون لأحدهما ید علیها بل هی فی ید ثالث و لا یخلو اما ان یقر بان العین لهما أو مختصه بأحدهما المعین أو غیر المعین أو یقربها لشخص ثالث أو یقول لا ادری، و فی الاولی ان کان کل منهما یدعی الاختصاص و کانت لأحدهما بینه حکم له بالکل و ان لم یکن بینه أو کانت

لکـل منهمـا فهو من بـاب التـداعى اما على الكل أو على النصف ان كان أحـدهما يـدعيه فقط و حينئـذ فللمـدعى الكل تحليف صاحب اليد ثم يتحالفان و تكون العين لهما معا بالمناصفه كما لو كانت فى يدهما معا.

(و فى الثانيه) يصـير المقر له هو صاحب اليـد و تجرى بينه و بين الآخر أحكام المـدعى و المنكر و مع عدم البينه له تحليفهما معا كما لو أقربها لشـخص ثالث فيصـير هو صاحب اليـد و هما مدعيان عليه،،، اما لو أقر لواحد منهما غير معين أو قال لا ادرى فلهما تحليفه على عـدم العلم فان بينه منفرده حكم منفرده و الا تحالفا و تكون لهما بالمناصـفه و هذا هو المورد الذى لا تثبت اليد فيه الا بالبينه اعنى المورد الـذى لا تعلم اليـد فيه لأحـدهما و لا يعترف بها صاحب اليـد لواحد منهما أو لكليهما فيحتاج الحكم باليد إلى البينه أو اعتراف الخصم له بـذلک من غير فرق بين العقـار و غيره بل هو مطرد فى جميع الخصومات على جميع الأعيان و لا يظهر وجه معقول للفرق بين تصـادق الخصـمين فلاـ يقبـل و لاـ يصـير الآخر صاحب اليـد باعتراف خصـمه له و بين ما لو قال له اشتريته منک أو غصـبته منى ضـروره عدم الفرق بين الاعتراف بأنه صاحب اليد رأسا أو باللازم كما فى المثالين فتدبره (الصوره الرابعه) ان لاـ تكون لأحـدهما يـد عليهـا و لاـ لغيرهمـا كالشاه فى الفلاه و الشـرب فى الطريق و هـذا أيضا من أوضـح أمثله باب التداعى فالبينه إن اختصت بأحدهما فهى له و الا فالتحالف و التنصيف، و مما ذكرنا ظهر تمام ما فى ماده (۱۷۵۵)- مع القصور

عدم استیفاء جمیع الصور فتدبرها.

الفصل الثانی فی (ترجیح البینات)

اشاره

هـذا هو المبحث الثانی من مهمات مباحث القضاء و تجری فیه الصور الأربع المتقـدمه فی المبحث السابق و من المعلوم اختلاف اللحاظین فی المبحثین فان الملحوظ هناک إثبات صاحب الید بالبینه و الملحوظ هنا إثبات الملکیه بها فالبحث هناک عن إثبات الطریق و هاهنا عن إثبات غایه الطریق و لیس ثبوت الیـد حاسـما للـدعوی بل لا بـدّ من إثبات کونها یـد ملک لا یـد عـدوان (و بالجمله) فالبحث عن الاماره غیر البحث عن ذی الاماره، و حیث ان قضیه تعارض البینات من مشکلات القضاء و أهم مباحثه فلا بد من تمهید مقدمه أیضا تشتمل علی أمرین مهمین.

(الأـول) ان أصـحابنا اختلفـوا فی ان الأصـل و القاعـده فی الحجـتین المتعـارضتین هـل هـو التساقـط و الرجـوع الی الأـصول فی موردهما أو الی حجه أخری فی موردهما ان کانت؟، أم القاعده

تقتضی عدم السقوط عن الحجیه إلا بالمقدار الذی لا یمکن العمل بهما فاللازم بعد تعذر العمل بهما بتمام مؤداهما أما التبعیض أو التخییر لانه عمل بهما فی الجمله بقدر الإمکان- وجهان بل قولان- و لعل التساقط بعد التکافؤ و عدم المرجح من جمیع الوجوه هو الاوجه لانصراف أدله الحجیه عن المتصادمین «أولا» و لزوم التهافت للتمانع بینهما ثانیا و التبعیض و التخییر یحتاج الی دلیل غیر دلیل نفس الحجیه کما ورد فی الخبرین المتعارضین بعد تکافئهما من جمیع الوجوه الأمر بالتخییر فی المعتبره المستفیضه القائله: إذا فتخیر. اما مع وجود المرجحات فلا إشکال فی حجیه الراجح و سقوط المرجوح فان حجیه البینه کحجیه خبر العدل لیس من باب الموضوعیه و السببیه بل من باب الطریقیه فالراجح أقرب الی الواقع فیتعین «الثانی» هل وظیفه المنکر خصوص الیمین کما ان وظیفه المدعی ابتداء هی البینه یعنی لو طلب المنکر تقدیم بینه تفادیا من الیمین هل یقبل منه أم لا یقبل منه الا الیمین- وجهان بل قولان من ان ظاهر أدله «البینه علی المدعی. و الیمین علی من أنکر» هو انحصار وظیفته بالیمین فکما ان المدعی لا یقبل منه الا البینه فکذلک المنکر لا یقبل منه الا الیمین و التفصیل قاطع للشرکه مضافا الی جمله من الاخبار صریحه بذلک کخبر منصور: رجل فی یده شاه فجاء رجل فادعاها فأقام البینه انها ولدت عنده و لم یهب و لم یبع و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم یهب و لم یبع فقال علیه السلام حقها للمدعی و لا

اقبل من الذی فی یده بینه لان اللّه تعالی أمر ان یطلب البینه من المدعی فان کانت له بینه و الا فیمین الذی هو فی یده هکذا أمر اللّه عز و جل،، و قریب منه الرضوی و غیره،،، و من ان المنکر لما کان هو صاحب الید غالبا و قوله موافق للأصل أیضا اکتفی منه بالیمین تسهیلا و رخصه لا عزیمه بخلاف المدعی و لذا تعینت علیه البینه مضافا الی عمومات إذا شهد عندک العادلان فصدقهما و أمثالها و خبر منصور و الرضوی و غیرهما لضعف أسانیدها و اعراض الأکثر عنها لا یصلح لتخصیص تلک العمومات مضافا الی معارضتها بأخبار اخری صریحه فی قبول بینه المنکر و هذا هو الأصح،،، إذا تمهد هذان الأمران فلنشرع فی حکم تعارض البینتین فی کل واحده من الصور الأربع فنقول (۱) ما إذا کانت العین فی ید رجل و ادعاها آخر و اقام کل منهما البینه انها له و قد اختلف فقهاؤنا فی تقدیم ای البینتین علی الأخری أشد الاختلاف حتی انتهت الأقوال إلی تسعه أو أکثر و منشأ ذلک اختلاف الاخبار فبین قائل بتقدیم بینه الداخل ای صاحب الید و قائل بتقدیم بینه الخارج و بین قائل بالتفصیل بین التی ذکرت السبب فتقدم الی غیر ذلک من التفصیلات المبسوطه فی الموسوعات و الذی یستفاد من مجموع الأدله فی هذه الصوره بعد الجمع بین الاخبار هو لزوم الرجوع الی المرجحات المنصوصه و هی الأکثریه و الأعدلیه و ما یلحق بها من متانه الشاهدین و شده حفظهما و نحو ذلک مما له مدخلیه فی قوه الظن بأن الحق معهما لا بقضیه

ذكر السبب و عدمه مما لا مدخليه له بقوه الظن فان تساويا من جميع تلك الجهات فالترجيح لبينه صاحب اليد و يدل على ذلك صريح جمله من الاخبار كخبر غياث ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابه كلاهما أقام البينه أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده و قال لو لم يكن فى يده جعلتها نصفين و مثله خبر جابر ان رجلين تداعيا دابه و اقام كل منهما بينه انها دابته أنتجها فقضى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله للذى فى يده و لكن فى آخر خبر إسحاق ابن عمار فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه قال اقضى بها للحالف الذى هو فى يده، و القاعده تقتضى تقييدا لا و اين بهذا الخبر فتكون العين المتنازع فيها لمن هى فى يده بعد يمينه و هذا يوافق ما اخترناه من ان القاعده تقتضى تساقط البينتين المتعارضتين و يتوجه على صاحب اليد و هو المنكر اليمين و يحكم له بها و لكن هذا مع تساوى البينتين فى العدد و درجه العداله اما مع تفوق احدى البينتين على الآخرى عددا أو عداله فلا يبعد الترجيح بالأكثريه و الأعدليه كما صرحت به بعض الاخبار بل و فى بعضها الترجيح بذكر السبب مثل ان الدابه نتجت على مذوده أو انه تملكه بالشراء الا ان الاعتداء بهذا مشكل كما ان بعض الاخبار قد اشتمل على ذكر القرعه ففى صحيحه الحلبى فى شاهدين شهدا على أمر واحد و شهد آخران على غير الذى شهدا قال عليه السلام يقرع بينهما فأيهما قرع فعليه اليمين و مثلها أخبار أخرى و هذا أيضا طرح للبينات و رجوع الى اليمين و القرعه

و الظاهر عـدم لزومها معه بل هی لمزیـد التوثق و الاحتیاط و کیف کان فالأصح ما ذکرنا من انهما مع التکافؤ یسـقطان و یحلف مـن فی یـده العین و یأخـذها، امـا- مـا ذکره الشـهید «قـده» فی اللمعه من انه لـو کـانت احـدی البینـتین أقـدم قـدمت و علله فی (الروضه) بقوله لثبوت الملک بها سابقا فیستصـحب و علی هـذا جرت (المجله) ماده «۱۷۶۰» بینه من تاریخه مقـدم اولی مثلا إذا ادعی علی العرصه إلی الآخر، فهو انما یصح علی المبنی الذی ذکرناه من سقوط البینتین مع التعارض و یرجع الی الاستصحاب و هـذا انما یتم حیث لا ید لأحدهما اما مع الید فلا حاجه الی الاستصـحاب بل لا یجری الاستصـحاب مع الید معارضا لها أو موافقا لأنهـا اماره و لا مجری للأصل مع الأماره أصـلا کما حقق فی محله و کیف کان فتعبیر الشـهید کعباره المجله لا یلائم ما اخترناه من السـقوط بل هو ظاهر أو صـریح فی ان الاستصـحاب مرجـح للبینه الموافقه علی الأخری و هـذا یتسق علی الأصول القدیم اما علی مـا حققه فلاسـفه الأـصولیین من سـقوط الأصـل کلیه مـع الامـاره بینه أو غیرهـا مخالفـا أو موافقـا بـل یموت تمامـا نعم إذا تعـارضت فسـقطت یحیـا و یلزم الرجوع الیه کمـا ذکرنـا فهو مرجع لاـ مرجـح فتـدبره،،، هـذا کله إذا کـان المتنـازع علیه فی ید أحـدهما امـا لو کان فی یـدهما معا کما فی ماده «۱۷۵۶» فقـد عرفت انه علی نوعین لاـن کلاـ منهما اما ان یـدعی الکل و اما ان یکون أحدهما الذی یدعی ذلک و الآخر یعترف بالاشتراک یعنی انه یدعی النصف فالباب فی کلا

الصورتین باب التداعی لا باب المدعی و المنکر، اما الاولی فواضح ضروره ان کلا منهما یدعی الکل و الکل فی یده حسب الفرض و هو ممکن ببعض الاعتبارات و اما «الثانیه» فالنصف متفق علیه بینهما أنه لمدعی الکل انما النزاع فی النصف الثانی فمدعی الکل یدعی انه له مع ذلک النصف و الآخر یدعی انه له و المفروض انه فی یدهما و قد عرفت ان المائز لباب التداعی عن باب المدعی و المنکر هو کون المتنازع فی یدهما أو لا- ید لأحدهما علیه فهو باب التداعی و ان کان فی ید أحدهما بالخصوص فهو باب المدعی و المنکر و علیه فلا- وجه لتقدیم بینه الاستقلال ای بینه مدعی الکل کما فی «المجله» و لا للاشتراک إذا ادعی أحدهما النصف بل اللازم «أولا» الرجوع الی المرجحات من الأکثریه و الأعدلیه و غیرهما فیعمل بالراجحه منهما فان تکافأتا من جمیع الوجوه سقطتا فان کان هناک أصل من استصحاب أو غیره عمل به و الا- فالتحالف فان حلف أحدهما و نکل الآخر فهی للحالف و ان حلفا معا اشترکا فیها مناصفه فی الصوره الاولی و قسم النصف بینهما فی الثانیه، و هکذا الکلام فیما لو لم تکن علیها ید أصلا لا لهما و لا لغیرهما و أقام کل منهما البینه،، و هی «الثالثه» و کذلک ظهر حکم الصوره «الرابعه» و هی ما لو کانت فی ید ثالث فإنه إن أقربها لهما کانا کما لو کانت فی یدهما معا، و ان أقربها لواحد فهو صاحب الید و علیه الیمین للآخر مضافا الی یمین من صارت له الید حدیدا و ان أنکرهما کان لهما علیه الیمین فإن أقر بها لثالث فهو

صاحب الید و یختصمان معه و ان قال لا ادری فحکمها کما لو لم یکن لا حدید علیها أصلا،، هذا خلاصه التحقیق فی هذا المقام، و هذا هو العلم المشذب و الفقه المحرر و لو رجعت الی موسوعات الفریقین فی هذه المباحث و مؤلفاتهم لما زادتک الا حیره و ارتباکا، و لنرجع الی التعلیق علی بقیه مواد هذا الفصل.

ماده «۱۷۵۷» بینه الخارج أولی فی دعوی الملک المطلق الذی لم یبین فیها تاریخ–،،،

و مثاله ما لو ادعی ان الدار التی فی ید زید هی له– یعنی و اقام کل منهما بینه ترجح بینه الخارج و تنتزع الدار من ید زید، و هذا مبنی علی ما عرفت من ان الخارج وظیفته البینه و ذو الید وظیفته الیمین و لا تسمع بینته و أوضحنا لک ان الحق خلاف هذا و ان بینه الداخل أحق بالتقدیم لاعتضادها بالید و العمل بالامارتین المتفقین اولی من العمل بأماره واحده مخالفه و انما جعلت البینه حجه من جهه کونها طریقا الی الواقع لا من باب التعبد و الموضوعیه و لا شک ان الید اماره علی الواقع و الأمارتان المتعاضدتان أقرب الی الواقع من الأماره الواحده المخالفه، و ان شئت ان تقول بناء علی تساقط الحجتین المتعارضتین ان البینتین تساقطتا بالتعارض و بقیت الید حجه بلا معارض و احترزت «المجله» بقید الدعوی فی الملک المطلق و الذی لم یبین فیها تاریخ عن ذات السبب و المؤرخه فإنهما مقدمتان عندهم کما أوضحت ذلک فی ماده (۱۷۵۸) ترجح بینه الخارج أیضاً علی بینه

ذی الید فی دعاوی الملکیه المقیده بسبب قابل للتکرار و هی التی لم یبین فیها التاریخ کالشراء لکونها فی حکم دعوی الملک المطلق و لکن إذا ادعی کلاهما بأنهما تلقیا الملک من شخص واحد ترجح بینه ذی الید. ثم ذکرت المثال و خلاصته انه الخارج لو ادعی حانوتا فی ید شخص و قال اشتریته من زید فان قال ذو الید انا اشتریته من بکر قدمت بینه الخارج و ان قال انا اشتریته من زید قدمت بینته و لا اعرف لهذا التفصیل وجها مقبولا، بل اللازم النظر إلی أقوی البینتین کثره و وثاقه فترجح، و إذا تکافأتا من جمیع الوجوه فان قلنا بأن القاعده التساقط ترجح قول ذی الید بیمینه لانه منکر و المدعی لا حجه عنده لسقوط بینته بالتعارض، و الا فالترجیح لبینه الداخل لاعتضادها بالید فتکون أمارتان فی مقابل واحده و لا حاجه الی الیمین لان العمل استند إلی البینه و الید مرجح لا مرجع فتدبره.

و مثله الکلام فی ماده (۱۷۵۹) بینه ذی الید أولی فی دعاوی الملکیه المقیده بسبب غیر قابل للتکرر کالنتاج- فلو تنازع الخارج و ذو الید فی مهر و اقام کل منهما بینه انه مولود من فرسه ترجح بینه ذی الید.

قد عرفت ان ترجیح ذی الید لانه ذو ید لا لأن بینته شهدت بالسبب و الا فکلاهما قد شهدتا بالسبب فلیس ترجیح ذی الید الا لیده فیطرد فی کل ذی ید سواء شهدت بالسبب أم لا و مثله ما لو شهدت إحداهما بالمطلق و الأخری مقیده بالسبب فان الترجیح لذی

الیـد الاـ ان تکون بینه الخارج أکثر عـددا و أقوی وثاقه فإنها تقـدم علی الیـد و یعرف وجهه بالتـدبر فیما ذکرناه، نعم قـد یکون لإحدی البینتین شـبه الحکومه علی الأخری و کالتفسـیر لها کما لو شـهدت بینه ذی الید انه ورثها من أبیه و شـهدت الأخری بأن أبـاه اغتصـبها من المـدعی أو من أبیه أو اشتراها و لم یـدفع ثمنها فلا إشـکال حینئـذ بتقـدیم بینه الخارج کما نص علیه خبر أبی بصیر.

ماده «۱۷۶۰» بینه من تاریخه مقدم أولی – إلی آخرها.

تقدم الکلام فیها و انه لا وجه للترجیح هنا الا الاستصحاب و هو لا یصلح مرجحا للبینه کما لا یصلح معارضا،،،

ماده «۱۷۶۱» لا یعتبر تاریخ الدعوی فی النتاج

و ترجـح بینه ذی الید کما ذکر آنفا. الا انه إذا لم یوافق من المدعی به تاریخ ذی الید و وافق تاریخ الخارج ترجح بینه الخارج- و هـذا غنی عن البیان فان بینه ذی الیـد علی هذا التقدیر تصـبح معلومه الکذب بالوجدان فالخارج کذبها و صدق بینه الخارج و کـذلک لو خالف تاریخ کلیهما فان الوجدان حینئذ قد کذبهما معا و تبقی الید سـلیمه عن المعارض فیحلف لانه منکر و یحکم له بالیمین و علیه بالنکول اما لو لم یکن التاریـخ معلوما فقـد حکمت المجله أیضا بتهاتر البینتین و تبقی العین فی ید ذی الید،، و هـذا غیر موافق لمـا حکمت فی المواد السابقه من ان بینه الخارج مقـدمه فی دعوی الملک المطلق و هـذا الفرض یرجع الیه بعد سقوط التاریخ و عدم العلم بتاریخ النتاج

و الأصح ان كان ترجيح لإحدى البينتين فهو و الا فالترجيح لبينه ذى اليد و الاولى ان يحلف أيضا.

ماده «۱۷۶۲» بينه الزياده أولى فلو اختلف البائع و المشترى فى مقدار الثمن أو المبيع ترجح بينه مدعى الزياده،،،

و هذا واضح بناء على تقديم بينه الخارج اما على العكس فالأمر بالعكس فتدبره.

ماده «۱۷۶۳» ترجح بينه التمليک على بينه العاريه،

فلو قال أعطيته لك عاريه و قال بل بعته لى أو وهبته ترجح بينه البيع أو الهبه،،، هذا المسأله ذات شقوق و شعوب و هى مسأله مشكله و سياله ذات أشباه و نظائر و فيها فقاهه و فن، و تحريرها كما يجب- ان التنازع فى العاريه و البيع اما ان يكون بعد تلف العين عند مدعى البيع أو مع وجودها فى يده فان كان بعد التلف فاما ان يكون مع دعوى تسليم الثمن من مدعى البيع أو مع اعترافه بعدم التسليم و على كلا التقديرين يلزمه التسليم لأصاله عدمه فى الأول و لاعترافه بأنه لازم عليه فى الثانى و لكن مدعى العاريه لا يستحقه من جهه إنكاره للبيع و العاريه غير مضمونه إلا بالتعدى و الأصل عدمه فلا يجوز له أخذ الثمن نعم على مدعى البيع ان يدسه فى أمواله أو يدفعه الى حاكم الشرع ان لم يتمكن من إيصاله اليه و يشبه ان يكون كمجهول المالك (و بالجمله) فأصاله عدم الضمان و أصاله عدم البيع تقضى بعدم استحقاق مدعى العاريه عوض العين التالفه و لكن اعتراف مدعى البيع يقضى

بوجوب تسليمه الثمن و ان كان الآخر لا يستحقه حسب اعترافه و مثل هذا كثير فى الفقه، اما مع وجود العين فى يد مدعى البيع و عدم تلفها فأصح ما يجرى من الأصول هنا هو استصحاب ملكيه مدعى العاريه الذى يعترف مدعى البيع انها كانت له و يدعى انتقالها منه اليه و الأصل عدم الانتقال و بقاء تلك الملكيه فيجب عليه ردها اليه لا- يقال ان يد مدعى البيع الفعليه تعارض الاستصحاب و هى مقدمه عليه لأنها اماره و الاستصحاب أصل لأنا نقول ان هذه اليد الفعليه لا اثر لها لأنها فرع عن يد سابقه باعتراف المدعى أى مدعى البيع فيكون أصاله بقاء الأصل حاكم على الفرع فتدبره.

هذا من حيث مجارى الأصول و حيث لا بينه أصلا،،، اما لو كانت فاما ان تكون لواحد منهما فقط فلا اشكال ان العمل عليها و ان كانت لكل واحد بينه فان كان لواحده منهما مرجح فالعمل عليها و ان تكافأتا و قلنا بالتساقط فالمرجع هو الأصل الذى عرفته و يصبح مدعى البيع هو المدعى و عليه الإثبات و حيث سقطت بينته بالتعارض فالآخر هو المنكر و يحكم له بالعين بعد يمينه و إذا قلنا بعدم التساقط فان جعلنا المدار فى الداخل و الخارج على اليد الفعليه فمدعى البيع هو الداخل و تقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الداخل كما هو الأصح لاجتماع أمارتين البينه و اليد فى قبال اماره واحده، و الخارج هو مدعى العاريه فتقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الخارج، كأصحاب المجله و ان قلنا بان المدار على اليد السابقه و هى يد مدعى العاريه انعكست

القضيه و انقلب الحكم فتدبر.

كل هذا التحقيق و اغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب.

ماده (۱۷۶۴) ترجح بينه البيع على بينه الهبه و الرهن و الإجاره و بينه الإجاره على بينه الرهن

- الى آخرها.

هذا أيضا فرع على الأصل الذى اعتمدوا عليه من تقديم بينه الخارج و حيث ان مدعى البيع قوله مخالف للأصل أعنى أصاله عدم الانتقال أو أصاله عدم استحقاق الثمن على المدعى عليه فهو الخارج بناء على ان كل من يخالف قوله الأصل خارج فتقدم بينته، و لكن التحقيق ان هذا الفرع و نظائره مما يتفق فيه المتداعيان على كون العين كانت لأحدهما و انتقلت الى الآخر لكن تنازعا فى أنها انتقلت.

بعوض أو بغير عوض كالبيع و الهبه أو اتفقا على انتقال المنافع و تخاصما هل انتقالها مع العين أو مستقله كالبيع و الإجاره أو البيع و العاريه على القول بأنها تمليك المنافع نعم الحق ان المرجع فى كل هذه الفروض الى ان قاعده احترام مال المسلم هل مقتضى انه لا ينتقل الا بعوض الا ما خرج أو انها لا اقتضاء لها من هذه الجهه و لا يستفاد منها الا ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا ينتقل عنه و لا يتصرف فيه أحد إلا برضاه فلا تفيد أكثر من أمثال قولهم عليهم السلام لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه من الكتاب و السنه فان قلنا ان الأصل هو عدم الانتقال بالعوض فالقول لمن يدعى البيع و الا فالقول لمن يدعى الهبه اما النزاع فى البيع أو الرهن فلا ريب ان الأصل عدم الانتقال فيكون

القول مع منكره و كـذا فى البيع و الإجاره فإن مدعى البيع يدعى انتقال العين و المنفعه و المنافع متفق على انتقالها و الأصل عدم انتقال العين فقول مـدعى الإجاره موافق للأصل و بمعرفه الموافق للأصل من المخالف يعرف الداخل و الخارج و منه يعلم حكم النزاع فى انه رهن أو إجاره فإن الأصل عدم انتقال المنافع فالقول مع مدعى الرهن و من كل هذا ظهر ان المجله فى ماده «۱۷۶۵» شـذت أو اشـتبهت فى القاعـده التى بنوا عليها من تقـديم بينه الخارج ضـروره أن المعير الـذى يدعى التقييد و التعيين باسـتعماله أربعه أيام فقط يخالف قول الأصل أعنى أصاله عدم التقييد فيكون هو الخارج و تقدم بينته و لكنهم حكموا بتقديم بينه المستعير الموافق للأصل و دعوى ان القول قول المعير فى نوع ما يملكه من المنافع لغيره فيكون قوله موافقا للأصل- مردوده بأن الأصل و ان اقتضـى الرجوع إليه فى تعيين قصده و لكن ذاك حيث لا يكون دليل اجتهادى كظواهر الألفاظ من إطلاق و تقييد يعين بهما المراد فتـدبره جيـدا و لاـ تغفـل كغفلتهم فى هـذه المـاده و مادتى «۱۷۶۶» و «۱۷۶۷» فـان الأصـل لمـا كان هو الصـحه و العقل فمدعيهما موافق للأصل فيكون داخلا و اللازم على قاعدتهم ان ترجح بينه الخارج و هو مدعى المرض و الجنون،،،

ماده «۱۷۶۸» إذا اجتمع بينه الحدوث و القدم

- الى آخرها إذا تنازع اثنان فى ان المسـيل حدث منذ خمسـين سنه أو عشر سنين فقد مر عليك غير مره ان أصاله تأخر الحادث تقتضى الحدوث

و بناء علی تقدیم بینه الخارج تقدم بینه القدم المخالفه للأصل فحکم المجله بتقدیم بینه الحدوث فیه خروج عن قاعدتهم فتدبره جیداً و لا تغفل.

ماده «۱۷۶۹» إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البینه

- لعله یرید بالطرف الراجح من یوافق قوله الأصل أو العکس و علی کل حال فالأمر فیهما واضح.

الفصل الثالث فی (القول لمن. و تحکیم الحال)

ماده «۱۷۷۱» إذا اختلف الزوج و الزوجه فی أمتعه الدار التی سکناها- الی آخرها.

هذه المسأله أیضا من مهمات مسائل الخصومات و هی قضیه تنازع الزوج و الزوجه فی أمتعه البیت و هی و ان کانت معنونه بعنوان الزوج و الزوجه و لکنها کثیره الاشتباه و النظائر کثیره الدوران و عامه البلوی، و ربما یطرد حکمها فی کل شریکین أو أکثر فی محل

لو تنازعا على ما فى ذلك المحل من متاع أو آلات أو نحو ذلك كالنجار و الحداد لو اشتركا فى العمل فى حانوت واحد و تنازعا على بعض آلات مختصه أو مشتركه و قد تكثرت الأقوال و تضاربت الأفكار فى تنازع الزوجين على الأمتعه فبين قائل بأن لكل واحد منهما ما يخصه و المشترك يقسم بينهما بعد التحالف و قيل الكل للزوج و قيل الكل للزوجه و قيل المرجع الى العرف مطلقا و قيل هما فيه سواء مطلقا فان حلف أحدهما فهو له و ان حلفا أو نكلا قسم بينهما و نسب الى الصدوق «قده» القول بان ما يختص الرجل له و ما يخص المرأه و المشترك لها فهذه خمسه أقوال،،، و سر هذا الخلاف و ملاك الارتباك هو ان متاع البيت لما كان تحت استيلاء الزوجه و الزوج معا فيكون الجميع فى يد كل منهما فلو تنازعا كان من قبيل تعارض اليدين و تدخل فى قضيه تنازع اثنين على مال بأيديهما فإذا سقطت اليد بالتعارض فان كانت لأحدهما بينه فلا ريب فى ان العمل يكون عليها و ان كانت لكل منهما بينه يرجع الى المرجحات فيعمل بالراجحه و ان تكافأتا لم يكن مجال لتقديم بينه الداخل أو الخارج بعد فرض ان كل واحد له يد على المجموع فكلاهما داخلان فتشكل المسأله و كذا لو لم يكن بينه أصلا،،، اما اخبار أهل البيت سلام اللّه عليهم فى هذه العقده فهى كثيره و مختلفه المفاد ظاهرا و من طريقها أو ظريفها حديث ابن «۱» الحجاج البجلى قال سألنى أبو عبد اللّه اى الصادق «ع» «۱» عبد الرحمن بن الحجاج البجلى الكوفى سكن بغداد و هو-

کیف قضاء ابن أبی لیلی «۱» قلت قضی فی مسأله واحده بأربعه وجوه فی التی یتوفی عنها زوجها فیجی ء اهله و أهلها فی متاع البیت فقضی فیه بقول إبراهیم النخعی ما کان من متاع الرجل فللرجل و ما کان من متاع النساء فللمرأه و ما کان من متاع یکون للرجل و المرأه قسمه بینهما نصفین. ثم ترک هذا القول فقال المرأه بمنزله الضیف فی منزل الرجل، لو ان رجلا أضاف رجلا فادعی متاع بیته کلف البینه کذلک المرأه تکلف البینه و الا فالمتاع للرجل و رجع الی قول آخر فقال القضاء ان المتاع للمرأه الا ان یقیم الرجل البینه علی ما أحدث فی بیته ثم ترک هذا القول و رجع الی قول إبراهیم الأول فقال علیه السّلام القضاء هو الأخیر و ان کان قد رجع عنه المتاع متاع المرأه الا ان یقیم الرجل البینه قد علم من بین لا بیتها یعنی جبلی متی ان المرأه تزف الی بیت زوجها بمتاع و مثله صحیحته الأخری و بینهما تغییر یسیر و فی آخرها: أ رأیت إن أقامت بینه کم کانت تحتاج فقلت شاهدین- من خواص أصحاب الإمام الصادق و ولده موسی الکاظم [ع] و کان راویا لهما و وکیلا عنهما سلام اللّه علیهما و أدرک الإمام الرضا علیه السلام و مات فی أیامه أی بعد المائتین و هو من أجل رواتنا رضوان اللّه علیهم «۱» محمد بن عبد الرحمن الأنصاری قاضی الکوفه أیام بنی أمیه و بنی العباس و کان یفتی بالرأی قبل أبی حنیفه و له معه مناظرات و منافرات و کان أبوه من أکابر التابعین وجده أبو لیلی من الصحابه اسمه یسار من ولد احیحه ابن الجلاح توفی سنه ۱۴۸.

فقـال لو سألت بين لابتيها يعنى الجبلين و نحن يومئـذ بمكه لأخبروک أن الجهاز و المتاع يهـدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجهـا فهى التى جاءت به و هـذا المـدعى ان زعم انه أحـدث فيه شـيئاً فليـأت عليه بـالبينه، و فى صـدرها اسـتثناء الميزان و انه للرجـل، و فى جمله من الاخبار ان لكل منهما ما يخصه و المشترک بينهما يقسم، هـذا موجز ما فى المسأله من الأقوال و الاخبار الوارده فيها.

و الـذى ارى ان الفقهاء رضوان اللّه عليهم و ان أطنبوا فى هذا البحث و لكنهم لم يوفوا هذا الموضوع حقه من التحرير و التحقيق و نحن بلطفه تعالى نوضـحها لک بأسـلوب بكر من البيان يتجسم به روح الحقيقه حتى تلمسـها بيـدک و تبصـرها بعينک مجرده عن كل غطاء و غشاوه و ذلک بعـد مقدمتين «الاولى» ان كل أحد يعلم باختلاف التقاليد و العادات بين طبقات البشـر فى قضـيه الزوج و الزوجه من حيث الجهـاز و المتـاع و مـا تأتى به معها من بيت أبيها إلى بيتها الجديـد فبين طائفه تأتى الزوجه و لا شـى ء معهـا سوى ثيـاب بـدنها التى عليهـا مظلومه محرومه من كل شـى ء حتى من مهرها الـذى يسـتهلكه لنفسه أبوها أو أخوها الـذى يتولى أمرها و هؤلاء يرون ان البنت كالبهيمه المملوكه تباع و تشترى و لا شى ء لها من الحقوق المدينه و تزويجها عباره عندهم عن بيعها كما تباع البقره فتورث هى كسائر الأموال المنقوله و لا تعطى من الإرث شيئا و هؤلاء هم أكثر الأعراب من أهل القرى و الرساتيق و سكان الصحراء البوادى و هذا هو الظلم الفظيع

و الشنشنه الخبيثه التى جاء الإسلام لمحوها و تكرر فى الكتاب الكريم تفنيدها و التوبيخ عليها و لكن على رغم العدل و الانصاف ما أجدى كل ذلك شيئاً و لا يزال القوم الى اليوم متمادين فى ذلك الضلال و سوء الحال و لا نزال نبذل جهودنا معهم فى الوعظ و الإرشاد و لا سامع و لا مجيب إلا فى القليل النادر، و حيث ان أوضاع هذا الكون اعنى عالم الكون و الفساد فى الغالب على طرفى نقيض بين الإفراط و التفريط- فهناك طائفه أخرى و لا سيما فى المدن و العواصم على ضد ذلك تحمل الزوجه معها من بيت أبيها اداره بيت كامله من العرش و الفرش و الأوانى و القدور الى الخيط و الإبره و قد يتفق انها تكتسح بيت أبيها و لا- تترك فيه شيئاً بل تتركه فقيرا، لا يملك دانقا و لا قطميرا و بين هذين الطرفين طبقات مختلفه العادات و الحالات و للفقر و الغنى دخل شديد و يد قويه فى ذلک، فاحتفظ بهذا و اجعله على بالک «الثانيه» ان محور قضيه تنازع الزوج و الزوجه و نظائرهما تدور فى الحقيقه و بعد دقه النظر على قضيه اليد فقط لا على المختص بالرجال و المختص بالنساء، فمعرفه صاحب اليد هنا فى الدرجه الاولى و معرفه الاختصاص فى الدرجه الثانيه، و معرفه صاحب اليد فى الغالب سهله التناول قريبه المأخذ فان كلا من الزوجه و الزوج على الأ-كثر لا بدّ و ان يكون له فى البيت شى ء يختص به من غرفه أو صندوق أو خزانه يضع فيها ثيابه أو أوراقه أو نقوده أو كل ذلك و كذلك الزوجه و هذا جد واضح كما لإشكال أيضا فى ان فى البيت

متاعا كثيرا لا يختص بأحدهما و لا يد لأحدهما عليه كالفراش و السجاد و الأوانى و نحو ذلك إذا تمهد هذا- اتضح لك ان اللازم على الحاكم حين ترفع إليه حادثه من هذه المشاجرات ان ينظر أولا الى ان المتنازع فيه هل هو فى يد الزوج أو الزوجه و فى تصرف اى واحد منهما فيحكم بأنه هو المنكر و على الآخر إقامه البينه سواء كان ذلك الشى ء من مختصاته أو مختصات الطرف الآخر فان الحلى كالسوار و القلاده التى لا شك ان من مختصات النساء قد يصوغها الزوج من ماله و يضعهما فى صندوقه أو فى خزائنه أو يدفعها أحيانا للزوجه للزينه ثم يسترجعهما منها فكونه من مختصات الزوجه لا يلزمه ان يكون ذلك ملكها أو فى يدها كما ان بعض مختصات الرجل كالسيف أو الدرع فيكون ملكاً للمرأه و خزانتها إما بالإرث من أبيها أو غير ذلك من الأسباب فإذا عرف الحاكم انه فى يدها و تحت استيلائها و تصرفها يحكم على الآخر بإقامه البينه فإن عجز عن الإثبات حكم لصاحب اليد بيمينه بل ينبغى ان يكون هذا النحو خارجا عن موضوع البحث و ان كانت كلماتهم فى قضيه الاختصاص مطلقه فإن عجز الحاكم عن معرفه صاحب اليد المالكه لاشتراك تصرفهما فيه أو لكونه فى يدهما معا أو فى خزانتهما المشتركه بينهما كمكينه الخياطه الموجوده فى غرفتهما المشتركه و كل منهما يستعملها أحيانا أو نحو ذلك من الآلات حتى المصاغ كالمنطقه و الخاتم سواء كان من صياغه الزوج أم لا فهنا تأتى قضيه النظر فى المختص و المشترك

فـان كـان من مختصـات الرجل كالسـيف و الرمـح و نحوهما جعلنا الاختصاص اماره على انه له و انه هو صاحب اليـد المالكه و كـذلك ما إذا كان من مختصات المرأه كالاقراط و الأسوره فإن اختصاص النساء بشـى ء اماره على انه ملك الزوجه و فى يدها و ان كان من صـياغه الزوج و هذه اليد الانتفاعيه أو الاسـتعماليه دليل على اليد المالكيه فان لم يكن هناك اختصاص بل هو فى حيازه كل منهما و كل منهما له اليـد الانتفاعيه به و هو صالح للنساء و الرجال كالافرشه و التخوت و الصـناديق و الأوانى فاللازم النظر هناك إلى قضيه ما ذكرنا من العادات و التقاليد فى جهاز المرأه و ما تحمله من بيت أبيها إلى بيت زوجها كما أشارت إليه روايه البجلى من ان القضـاء هو الأـخير و لعـل عـاده أهـل الحرمين مكه و المـدينه كعـاده بغـداد و ما يلحقها ان الزوجه تأتى فى الغالب بإداره كامله كما ذكرنا و هذه هى (المرحله الثالثه) فى سير نظر الحاكم و تحريه دقه نظره لاصابه الحق و إذا لم ينجع كل ذلك اى لم يكن يـد و لا اختصاص و لا عاده و تقاليد و كان الشـى ء فى يدهما الاسـتعماليه معا من دون يد مالكيه لأحدهما و تأتى «المرحله الرابعه» و تكون القضـيه من باب التـداعى مثل تـداعى شخصـين ما بيـدهما أو بيـد ثالث أولا يد لأحد عليه أصـلا يتحالفان فيأخذه الحالف فان حلفا أو نكلا قسم بينهما هذا كله حيث لا بنيه أو قبل النظر إلى البينه يعنى حيث يراد تعيين المدعى من المنكر و تمييز الخارج من الداخل و تشخيص أن القضيه من باب المدعى أو من باب التداعى

و على هـذه المراحل الأربع تنزل الأخبار المختلفه و كل واحد منها ناظر إلى جهه فالتقسـيم للتداعى و كل المتاع للرجل حيث لا بد للزوجه و لا عاده و هو للمرأه كله فيما هنالك عاده كما استشـهد الامام عليه بمن بين لابتيها فكل واحد له ما يختص به حيث لا بد و لا عاده و هذه هى الوجوه الأربعه التى تقلب فيها رأى القاضى ابن أبى الى و ارتبك منها و لم يستقر على واحد منها و لو ساعدته العنايه لعرف ان لكل واحد من تلك الوجوه موضوعا يخصه لا انه يفتى به بقول مطلق و فى جميع الأنحاء إذ لا شك انه لا وجه للرجوع الى الاختصاص مطلقا حتى فى مقام كون اليد و الاستيلاء لأحدهما كما لا وجه له أيضا فيما إذا كانت العاده أنها تأتى بجميع الإناث من بيت أبيها فإنها تكون حينئـذ هى صاحبه اليـد على كل ما فى البيت و الزوج هو المـدعى و عليه البينه كما قال الامام عليه السـلام و هذه هى الظهورات العرفيه المتبعه أعنى ظهور الأحوال و الأفعال الذى هو كظهور الأقوال فتدبره جيدا و اغتنمه، اما لو كـان فى الـبين بينه فـان كـانت لأحـدهما فقـط زوجـا أو زوجه حكم له بهـا مطلقـا فى جميع الوجوه المتقـدمه مع الاختصاص و عـدمه و مع اليـد و عدمها الى آخر ما سـبق و ان كانت لكل واحد منهما بينه فان كان لأحدهما يد و استيلاء أقوى من الآـخر على مـا عرفت من كـونه فى صـندوقه أو فى خزانته الخـاصه به أو اختصـاص أو عـاده كـان بالضـروره هـو المنكر اى الداخل و الآخر هو المدعى أى الخارج و هنا يجى ء الارتباك و اختلاف المذاهب و الآراء فأصحاب المجله

يقـدمون بينه الخارج ففى مختصات النساء يحكمون بها للرجل و العكس بالعكس كما نصت عليه هذه الماده التى نحن فيها، اما عنـدنا فالأصـح كمـا سـبق مفصـلا تقـديم بينه الـداخل لاعتضادهـا باليـد ففى مختصـات الزوجه تقـدم بينتهـا و تحكم لهـا و فى مختصـات الرجل تقـدم بينته و ان لم تكن يـد و لا اختصاص و لا عاده يعرف بها الـداخل من الخارج و المـدعى من المنكر فان كان لإحـدى البينتين ترجيـح بكثره أو وثاقه قدمنا الراجحه و ان تكافأتا من جميع الجهات فان حلف أحدهما فقط فللحالف و ان حلفا معا أو نكلا فالتقسـيم،،، هـذه هى الحقيقه الناصـعه، و الطريقه الجامعه، التى تمنعت على أفكار فطاحل العلماء و القضاء من الصدر الأول إلى اليوم و المنه للّه وحده.

ماده (۱۷۷۳) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبه و ادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين.

لا وجه له بل كل من يكون القول له فإنما يحكم له بعـد يمينه و يمكن إعطاء قاعده كليه و هى ان كل من يكون القول قوله فلا بـد معه من اليمين بل يمكن ان يقال فى هـذا الفرع ان القول ليس له بل للواهب لان قوله يوافق أصاله عـدم التلف و استصـحاب بقـاء العين و كـل من يـدعى خلاـف الأصل فعليه الإثبات بالبينه، و ليس هو بأمين كالودعى حتى يقبل قوله و ان خالف الأصـل كما فى «۱۷۷۴»، (۱۷۷۵) إذا اعطى من له ديون مختلفه لدائنه مقدارا من الدين فالقول قوله فى

کونه أعطاه محسوبا من باقی الدین.

هـذه المـاده بظاهرهـا لا محصل لها و لعل مرادهم انه إذا کان علیه دیون مختلفه ای بعضـها علیها رهن و بعضـها بلا رهن فادعی المدیون انه قصد دفع الدین الذی علیه رهن یصدق لأنه أعلم بقصده و هو من الأمور التی لا تعلم الا من قبله و هو صحیح متجه، (۱۷۷۶) إذا انقضت مـده إجـاره الرحی و أراد المسـتأجر حط حصـته من الأجره مـده انقطاع الماء- و وقع بین الآخر و المسـتأجر اختلاف و لم تکن هناک بینه الی- آخرها.

هذا أیضا من المواضع التی اشتبهت المجله فیه حیث جعلت القول قول المستأجر ان المده عشره لا المؤجر القائل أنها خمسه فان المرجع هنا استصحاب بقاء الماء الا بالمقدار المتعین انقطاعه فیها و هو الخمسه فقول المؤجر هو الموافق للأصل و مدعی الزیاده علیه الإثبـات و هکـذا إذا کـان الاختلاـف فی أصـل الانقطـاع فـان القول قول منکره مطلقـا سواء کان موجودا حال الخصومه أو منقطعا بعـد ان کان حال الإیجار موجودا فیستصـحب الی زمن الیقین بانقطاعه فتعود المسأله الأولی نعم لو لم یکن موجودا حال الإیجـار انعکس الحکم فتـدبره و منه یعلم ماده «۱۷۷۷» و هو مـا إذا اختلفـا فی طریق المـاء انه قـدیم أو حادث فان المرجع إلی أصاله تأخر الحادث ای استصحاب عدمه الی زمن الیقین بحدوثه من غیر فرق بین وجود الماء فی المسیل حال الخصومه أو عدم وجوده بعد العلم بوجوده سابقا و انما الشک فی قدمه

و حـدوثه نعم لو كان للحـدوث أثر شـرعى بعنوانه الخاص يشـكل إثبات ذلك الأثر باستصـحاب عـدمه الا على القول بالأصول المثبته فتدبره.

الفصل الرابع فى (التحالف)

باب التحالف هو باب التـداعى على عين ليس لأحـدهما يـد عليها و لا يكون قول أحـدهما موافقا بل الكل مخالف و حينئذ فإن اختص أحدهما بالبينه حكم له بها و ان كان لكل واحد بينه و لم يكن مرجح لأحدهما فاما ان يحلف أحدهما فقط فيحكم له أو يحلفان معا فان كان النزاع على عين قسـمت بينهما و ان كان على عقـد يحكم بفسـخه و يترادان هـذا هو القاعـده العامه فى باب التـداعى و لكن تنازع البائع و المشترى فى مقـدار الثمن ليس من هذا القبيل فان من يدعى الزياده مدع و خصـمه منكر فهو باب المـدعى و المنكر و الأـول يخالف قوله الأصل بخلاف الثانى فـذكره هنا وضع للشـى ء فى غير محله و فى غير بابه نعم لو تنازعا فى الجنس و ان المبيع فرس أو شاه و الثمن فضه أو ذهب و العقد بيع أو صلح و هكذا كان من باب التداعى و بعد التحالف

الفسخ كما عرفت- هذا كله فى البيع اما لو كان النزاع فى الإجاره ففى ماده «۱۷۷۹» إذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف فى المأجور الى آخرها.

و ماده «۱۷۸۰» و حاصلهما ان المؤجر و المستأجر لو تنازعا فى قدر الأجره فاما ان يكون قبل التصرف فى العين المأجوره أو بعده فإن أقام أحدهما البينه حكم له بها و ان أقاما البينه حكم ببينه الخارج عندهم و هو المؤجر المدعى للزياده المخالف قوله للأصل و ان لم يكن بينه أصلا حلف المستأجر أى منكر الزياده و ان نكل حكم عليه و ليس هذا من باب التداعى و التحالف فذكره هنا لا وجه له أصلا كما لا وجه لقولها: يحلفان معا- بل يحلف المنكر فقط اى منكر الزياده كما عرفت و لا مجال للفسخ هنا أصلا و قد اشتبهت المجله هنا اشتباها مريبا و مثله ما لو اختلفا فى المده أو المسافه و قول المجله: و يبدأ بتحليف المؤجر فى صوره التحالف اشتباه واضح، إذ لا- تحالف فى المقام أصلا، و لا فرق فى كل ما ذكرنا بين كون النزاع بعد التصرف أو قبله فتدبره، و منه ظهر حكم مادتى «۱۷۸۱: ۱۷۸۲» نعم أصابت المجله شاكله الصواب فى ماده «۱۷۸۳» ليس فى دعوى الأجل يعنى كونه مؤجلا- أولا- و فى شرط الخيار و فى قبض كل الثمن أو بعضه تحالف، و فى هذه الصور الثلاث يحلف المنكر،،، و لكن أوضح من هذه الصور كلها النزاع فى المقدار من حيث الأقل و الأكثر لا- فى البيع و الإجاره فقط بل فى جميع العقود و المعاملات القائل بالزياده

مدعی و النافی لها منکر نعم لو کان النزاع فی ان المبیع أو المأجور الدابه أو الدار مثلا أو الثمن دراهم أو دنانیر و نحو ذلک فهو باب التداعی و التحالف و ما ادری کیف اشتبه هذا الأمر الواضح علی أصحاب المجله فخلطوا بل غلطوا هذا الغلط الذی لا یخفی علی واسط الطلب فضلا عن أفاضلهم و العصمه للّه وحده و منه التوفیق.

و تحصل من جمیع الذی تلوناه انه کلما کان النزاع فی الأقل و الأکثر أو الإطلاق و التقیید أو النفی و الإثبات فهو باب المدعی و المنکر- ان أثبته المدعی حکم له و الا حلف المنکر و انتهت الخصومه و کلما کانت الخصومه بین متباینین فهو باب التداعی و التحالف فتدبره و اغتنمه.

الكتاب السادس عشر (فى القضاء

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعه أبواب)

المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالقضاء)

اشاره

ماده «۱۷۸۴»

القضاء:

يأتى بمعنى الحكم و الحاكميه.

الفرق بين الحكم و الحاكميه جهه اعتباريه فان الحاكميه أهليه الشخص لإصدار الحكم و الحكم هو القول الصادر لحسم الخصومه و لا اثر يترتب على هذا فى مقام العمل أصلا.

ماده «۱۷۸۵»

الحاكم:

هو الذات الذى تعين و نصب من قبل السلطان لحسم الدعاوى و المخاصمات- إلى آخرها.

هـذا عنـد جمهور المـذاهب على الظـاهر امـا عنـد الإمـاميه فهو منصب الهى و صـفه نفسانيه كماليه تخوله تلك الأهليه اى أهليه الحكم و القضاء بين الناس و لا دخل للسـلطان فيه أصـلا، لا نصبا و لا عزلا، تنصبه الفضيله و الامانه، و تعزله الرذيله و الخيانه، يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ. وَ لَا تَتَّبِعِ الْهَوَى.

ماده «١٧٨۶»

الحكم:

عباره عن قطع الحاكم المخاصمه- إلى آخرها.

هـذا اصـطلاح لا ـ اثر له عملى لا ـ عنـدهم و لا عنـدنا، اما بقيه المواد هنا فهى أشـبه بالمهزله و الفضول مثل ان المحكوم عليه هو الذى حكم عليه و هلم سحلا.

الباب الأول فی (الحکام)

اشاره

و یحتوی علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان أوصاف الحاکم)

ماده (۱۷۹۲) یلزم ان یکون الحاکم حکیما فیهما مستقیما و أمینا مکینا متینا.

ماده «۱۷۹۳» یلزم ان یکون الحاکم عالما بالمسائل الفقهیه واقفا علیها و علی أصول المحاکمه مقتدرا علی حسم الدعاوی الواقعه تطبیقا لها.

هـذه الأوصاف علی الجمله معتبره فی الحاکم و لکن لو امعنا النظر فی کثیر منها لم یجـد لها معنی محصـلا و لا تجدها الا فارغه جوفاء مثلا

لزوم کون الحاکم حکیما، فما المراد بالحکیم هنا هل هو العالم بعلم الحکمه التی هی معرفه حقائق الأشیاء علی ما هی علیه علی حسب الطاقه البشریه کما یقول أربابها، أو الحکمه بمعنی وضع کل شی ء فی محله کما هو عند أهل العرف و اللغه، أو الحکمه بمعنی الطب کما هو عند العوام حیث یطلقون الحکیم علی الطبیب، کل هذا لیس بلازم فی الحاکم الشرعی إذا فما هو المراد، و مثله- کونه مکینا و متینا.

«و بالجمله» فما ذکرته المجله من أوصاف الحاکم أکثرها فارغه لا محصل لها، و انما الأوصاف المفهومه المعلومه اللازمه فیه إجماعا هی سته «۱ و ۲» البلوغ و العقل- فلا یصح قضاء الصبی و ان کان ممیزا و جامعا للشرائط الأخر، و لا المجنون مطلقا و لو فی حال إفاقته علی الأصح و لو کان جامعا أیضا «۳ و ۴» الإسلام و الایمان «۵ و ۶» الوصفان الرکنیان بل و أهم أوصاف الحاکم و هما- الاجتهاد- و هو کما مرت الإشاره إلیه ملکه استنباط الأحکام الفرعیه من أدلتها الشرعیه التفصیلیه، و هو مقام الفتوی و استخراج الحکم الإلهی الکلی من الأدله العامه و الخاصه، و القضاء أصعب منه بکثیر فإنه مقام تطبیق تلک الأحکام الکلیه علی مصادیقها الجزئیه حسب الحوادث و الوقائع المتجدده و هذا الشرط الذی هو أعظم الشروط و أهم الأوصاف ألغاه و أهمله الجمهور من اتباع أرباب المذاهب و منهم أصحاب (المجله) و لعل ذلک من جهه انسداد باب الاجتهاد عندهم و لم یکتفوا بإهمال هذا الشرط فقط بل أهملوا ما هو أهم

و الزم منه و هو الوصف (السادس) الذی هو الرکن الأعظم من أوصاف القاضی و الحاکم الا و هو العداله التی عرفت انها ملکه نفسانیه تردع صاحبها عن ارتکاب الکبیره و الإصرار علی الصغیره و الإتیان بشی ء من منافیات المروه و قد اعتبر القرآن المجید بالعداله فی الحاکم و الشاهد فی عده آیات: یَحْکُمُ بِهِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْکُمْ، اثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْکُمْ، وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ،،، نعم و لکن القوم و لا سیما فی هذه العصور قد أهملوا هذین الشرطین و من أجل إهمال هذین الشرطین المهمین فی القضاء الذی هو من أهم المناصب و أشقها بل و أشقاها بل هو المجلس الذی لا یحل إلا نبی أو وصی أو شقی، نعم من أجل إهمال هذین الرکنین صار یتولی القضاء و الحاکمیه فی هذه العصور- الصبیه و الولدان من الناشئین الذین لم یخوضوا بعد غمار الحیاه و تحنکهم التجارب و لا نصیب لهم من العلم الا ما عرفوه من بعض الکلیات التی تلقنوها فی بعض مدارس الحقوق فأین الاجتهاد و این العداله و این الحنکه و التجارب و الممارسه فی معرفه التشخیص و التطبیق؟

و کیف یؤتمن أمثال هؤلاء علی اعراض الناس و أموالهم و حقوقهم بل و دمائهم فلا حول و لا قوه و لا شهامه و لا فتوه نسئله تعالی تسدیدا أولیاء الأمور و إصلاحهم فإذا صلحوا صلح کل شی ء إن شاء اللّه،،، و قد أشارت المجله الی الوصفین الأولین من الأوصاف السته المتقدمه فی ماده (۱۷۹۴) یلزم الحاکم ان یکون مقتدرا علی تمییز الناس بناء علیه لا- یجوز قضاء الصغیر و المعتوه و الأعمی و الأصم الذی لا یسمع

صوت الطرفين القوى.

امـا العمى و الصـمم فلم يتفق أصـحابنا على اعتبار خلو الحاكم منهما و لعل الأشـهر عـدم اشتراط ذلك إذ رب بصـيره تغنى عن الف بصـر كما هو الغالب فى العميان و قد شاهدنا و شاهد غيرنا منهم العجائب نعم اعتبر جماعه من أصـحابنا شـرائط و أوصاف أخر فى الحاكم منها «ان يكون ذكرا» فلا يصح قضاء المرأه و ان جمعت بقيه الشرائط و الظاهر هو انه اتفاقى عند عامه المسلمين و لعل المجله لم تصـرح به لوضوحه (و منها) ان لا يكون أمياً أى يلزم ان يكون كاتبا «و منها» طهاره المولـد فلا يصح قضاء ولد الزنـا و ان كان مجتهـدا عادلا «و منها» الحريه فلا يصـح قضاء العبـد و ان اذن له المولى و كان جامعا للشـرائط و هو محل نظر «و منها» زياده تضـلعه فى أحكام القضاء و طول ممارسته بها بالبحث و التدريس، و لا ماس بهذا الشرط «و منها» ان يكون حافظا اى لا ـ يكون كـثير السـهو و النسـيان، و يغنى عن هـذا ان يكون له كـاتب عـدل ثقه أمين، و هو اليوم فى نفس الحكـام نـادر فكيف بكتابهم.

الفصل الثانی فی (بیان آداب الحاکم)

هـذه الأوصـاف المـذکوره فی هـذا الفصـل کلها قـد ذکرها أیضا فقهاؤنا و التزموا باشـد من ذلک فی أدب الحاکم و لکن کل واحـد منهـا أدب مسـتحسن و اخبار أهل البیت فی حث الحاکم علی التزام العفه و النزاهه و العـدل کثیره و لکن کل واحـد منها لیس بحیث لو أخل به یکون حکمه باطلا إذا کان جامعا للشـرائط الرکنیه المتقـدمه، و أهم ما فی هذه الأوصاف متانه الحاکم و رزانته فی سائر أحواله فضـلا عن مجلس الحکم و یلیه فی الأهمیه عـدم قبول الهدیه و الدعوه، فإنها قد تکون فی حقیقتها رشوه، و هی من أعظم الکبائر علی الدافع و الآخذ و هی من السـحت الذی ذکره الباری عز شأنه فی کتابه المجید بأسوإ الذکر، و یتسق بهـذه الآـداب أدب التسویه بین الخصـمین فی کـل الأـحوال و الملاحظـات حتی بالسـمع و البصـر و الوجه و اللسان بل و بالمیل القلبی ان کان مسـتطاعا فلا یسـمی أحـدهما باسـمه و الآخر بکنیته و ان کان أحدهما من الشـرف فی أعلی الطبقات و الآخر فی أدنی

الطبقات فان جميع الناس إمام الحق سواء و اللّه الموفق و به المستعان

الفصل الثالث فی (بيان وظائف الحاكم)

ماده (۱۸۰۰) الحاكم وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمه و الحكم،،،

عرفت من مطاوی أبحاثنا السابقه ان القضاء و الحاكميه عندنا معشر الإماميه منصب الهی لا دخل له بالسلطان و لا بغيره ينصبه العدل و جامعيه الشرائط و يعزله زوال بعض الصفات الركنيه من العقل و العداله و الاجتهاد فلا يتقيد بزمان و لا مكان بل له الحكم فی كل مكان و كل زمان و حكمه لا يرد إلا إذا تبين عنده أو عند حاكم آخر خطوه أو تقصيره فينقض حكمه، نعم من الواجبات على السلطان العادل فی زمن سلطانه و نفوذ أمره أن ينصب قاضيا حاكم لحسم الخصومات فی كل بلد و لكن ليس معنى ذلك انه إذا نصب حاكما فی بلد لا يجوز الترافع عند حاكم آخر جامع للشرائط نعم لو منع السلطان من الرجوع الى غير منصوبه لمصلحه سياسيه جاز ذلك و حرم الرجوع الى غيره لانه حسب الفرض امام مفترض الطاعه، و يترتب

على مـا ذكرنا ان الحاكم ليس له ان يسـتنيب فى الحكم اى يجعل نائبا عنه قريبا أو بعيـدا لعـذر أو لغير عـذر إذا كان النائب غير جـامع للشـرائط امـا لو كـان جامعـا فلاـ حاجه الى النيابه لأهليته بـذاته نعم له ان يوكل غيره ممن يعتمـد عليه فى بعض مقـدمات الحكم مثل سـماع شـهاده الشاهدين الذين يعرفهما الحاكم و يعرف عدالتهما فينقل له نص شهادتهما و يعمل هو اى الحاكم بما تقتضـيه الموازين، و عليه فـأكثر مواد هـذا الفصل لا محل لها على حسب أصول الإماميه و قواعـدهم فإنه لا نصب و لا عزل و لا نـائب و لاـ منوب و لاـ مجـال للبحث فى جمله منهـا خصوصـا مثـل ما فى ماده «۱۸۱۱» يجـوز ان يسـتفتى الحـاكم من غيره عند الحاجه.

إذ ما وجه استفتائه من الغير بعد اعتبار كونه مجتهدا.

اما لو تنازع الخصـمان فيمن يرجعون اليه لحل خصومتهم فى بلـد يتعـدد حكامه فقـد رجحت المجله ماده «۱۸۰۳» الحاكم الذى اختـاره المـدعى عليه،،، و لكن المشـهور عنـد فقهائنـا ترجيـح من يختـاره المـدعى و ربما يـدعى عليه الإجماع عنـدنا لكونه هو صاحب الحق الـذى له ان يدعى و له ان يترك، و ناقش السـيد الأسـتاذ (قده) فيه بأن للمدعى عليه ان يسـبق الى حاكم آخر بعد الدعوى و يطلب منه ان يخلصه من دعوى المدعى، و هى مناقشه واضـحه الضعف، و اى معنى لطلب ان يخلصه من الدعوى قبل ان يدعى صاحب الحق و يشكل الدعوى عند حاكم و اما إذا شكلها المدعى عند أحد الحكام

فقـد صار هو الأسـبق و لزم على المدعى عليه الموافقه الا ان يرفضـها الحاكم الأول و هو خارج عن الفرض، و التحقيق عندنا فى هـذا ان المـدعى إذا سـبق الى حاكم و رفع اليه دعواه فان وافقه المـدعى عليه فهو و ان خالفه و اختار غيره فان كانا متساويين أو من اختاره المـدعى اعلم و أشـهر فلا إشـكال فى ان الترجيـح لمن اختاره المـدعى و ان انعكس الأمر لا يبعـد ترجيح من يختاره المدعى عليه- هذا إذا سبق المدعى اما لو تنازعا قبل سبقه أو كانا متداعيين فمع تساوى الحاكمين يتعين الرجوع الى القرعه و الا فالترجيح للأعلم الأشهر فتدبره فإنه ثمين و متين.

ماده [۱۸۰۸] يشترط ان لا يكون المحكوم له أحد أصول الحاكم

أو أحـد فروعه أو زوجته أو شـريكه فى المـال الـذى سـيحكم به أو أجيره الخاص أو متعلقه الـذى يتعيش بنفقته، بناء عليه ليس للحاكم ان يسـمع دعوى أحد هؤلاء و يحكم له، اعلم أولا انه لا إشـكال فى ان الحاكم لو كان هو أحد الخصمين لم يكن معنى لإرجـاع الخصومه اليه ليحكم فيهـا له أو عليه حتى بتوكـل غيره للمرافعه فـإنه مع مخـالفته للـذوق و الاعتبـار خلاـف الأدله فإنها ظاهره بل بعضـها صـريح فى لزوم الرجوع الى الغير فلو كان هو شريكا فى المال المتنازع عليه وجب الرجوع الى حـاكم آخر، اما أصوله و فروعه اعنى آبـاءه و أولاـده صاعـدين و نـازلين و زوجته و أجيره الخـاص و من يتعيش بنفقته فالاعتبـار و الـذوق بل و الدليل يساعد أيضاً على عدم صحه الرجوع اليه فيما لو كانت للغير مع

أحدهم خصومه إذا كان له ولايه خاصه شرعيه كولايته على الصغار من فروعه أو عرفيه كولايته على زوجته و أجيره لأنه يرجع ذلك الى نفسه اما لو كانت له ولايه عامه كولايه حاكم الشرع على الأيتام و المجانين الذين لا ولى لهم و الغائبين الذين لا وكيل لهم و الأوقاف المنحله التوليه ففيه لفقهائنا قولان- نفوذ حكمه لهم لما فى الحديث من ان كل قاض ولى الأيتام، و ظاهر ولايته عليهم نفوذ حكمه لهم و قيل لا ينفذ لانه هو الخصم و الخصم لا يكون حكما، و فصل آخرون بين ما إذا كان هو الخصم فلا- أو كان القيم أو الوكيل على شؤنهم قبل الخصومه غيره و لو من ذلك الحاكم فيجوز و القول بالنفوذ مطلقا قوى و التفصيل لا- بأس به و هو أحوط، أما فروعه الكبار و أصوله و زوجته الذين لا- ولايه له عليهم فلا دليل على عدم صحه الرجوع اليه لو كانت لهم أو عليهم خصومه سوى ما عرفت من الذوق و الاعتبار، ثم لو حكم لشريكه قالوا نفذ فى حصه شريكه دون حصته و هو مشكل.

ماده (١٨١٢) يلزم على الحاكم ان لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بما يمنع صحه التفكر كالغم و الغصه و الجوع و غلبه النوم.

هذا الشرط و ان لم يذكروه فى عداد الشروط الركنيه و لكنه مثلها فى الأهميه و لو صدر منه حكم فى حال من هذه الأحوال وجب عليه اعاده النظر فيه، كما انه لا يجوز التأخير فى الحكم أو فى النظر فى الخصومه إلا لعذر مشروع كإعطاء القضيه حقها من التأمل و الفحص

و لكن بنحو لا يؤدى الى الإخلال بالحقوق بالتاجيلات المتتابعه الموجبه لتضييع العمر و تعطيل اشتغال المتخاصمين كما نشاهده فى هذه الأزمنه التعيسه، و كل ذلك تابع لمقدار المروه و الانصاف فى الحكام و هما قليلان فى الكثير منهم بل معدومان.

الفصل الرابع (فيما يتعلق بصوره المحاكمه)

ماده (۱۸۱۵) يجرى الحاكم المحاكمه علنا و لكن لا يفشى الوجه الذى يحكم فيه قبل الحكم، هذا راجع الى نظر الحاكم ان وجد مصلحه فى الإفشاء أفشى و الا فلا،، ثم ان باقى مواد هذا الفصل بعضها تقدم ذكرها و الباقى واضح لا تعليق عليه و كذلك مواد الفصل الأول من الباب الثانى و لا سيما ماده (۱۸۳۲) للحاكم ان يحكم بالبينه التى أقيمت فى مواجهه أحد الورثه إذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذى أحضر فى الدعوى التى توجه خصومتها الى جميع الورثه و لا حاجه الى إعاده البينه،،، فإنها مع أنها مشوهه الصوره معقده التعبير إلى الغايه قد تقدمت فى المباحث السابقه فراجعها،،

الفصل الخامس فی (بیان الحکم الغیابی)

ملخص المواد المذکوره فی هذا الفصل ان المدعی إذا استدعی من الحاکم إحضار المدعی علیه طلب حضوره ان کان فی البلد أو قریباً منه بـان یحضـر بنفسه أو بوکیـل عنه فـان امتنع یجبر و لو بتوسط السـلطان علی الحضور أو إرسال الوکیل فان لم یمکن إجباره ینـذر ثلاث مرات بورقه دعوه مخصوصه فان لم یجب أفهمه الحاکم انه سـینصب وکیلا عنه و ینظر ثم یحکم ثم ینصـب الوکیل و ینظر فی الدعوی و یحافظ الوکیل علی حقوق من وکل عنه و یدافع عنه حسب ما یسـتطیع ثم یحکم الحاکم له أو علیه حسب الموازین و لکنه لا یخرج عن کونه حکما غیابیاً له الاعتراض علیه و نقضه إذا حضـر قبل تنفیـذه هذا عند أرباب «المجله» أمـا أصـحابنا فبمجرد امتنـاعه و إصـراره بعـد الإنـذار یسـقطون حق حضوره و لا ـ یلتزمون بنصب وکیل عنه بل ینظرها الحاکم و یحکم علیه بـالحکم الغیابی و لکن ما ذکروه من نصب وکیل عنه حسن و موافق للاحتیاط ثم یبلغ الحکم إلیه فإن اعترض سـمع و الا نفذ علیه الحکم ان لم یکن له دعوی صالحه لدفع الدعوی.

الباب الثالث فی (رؤیه الدعوی بعد الحکم)

ماده «۱۸۳۷» الدعوی التی حکم بها و اعلم بها موافقا لأصولها المشروعه- لا تجوز رؤیتها و سماعها تکرارا.

یعنی لا یجوز طلب تجدید المرافعه لا عند ذلک الحاکم و لا عند غیره و لعل هذا متفق علیه فی الجمله إنما الکلام فی جوازه مع اتفاق الطرفین بین مجوز و مانع و الجواز أقرب لأن الحرام رد حکم الحاکم و تجدید النظر فیها لیس یرد، و لو ترافعا عند غیره لم یجب علیه البحث عن صحه ذلک الحکم و لکن یجوز له ذلک فان وجده صوابا أو لم یتبین خطؤه أمضاه ان کان یعتقد أهلیته کما یجوز له إمضاؤه من غیر فحص و لا یجوز له الا إذا علم علما قطعیا بفساده لمخالفته إجماعا أو نص أیه أو خبراً متواترا صریح الدلاله و لا یجوز له نقضه فی غیر هذا و ان کان مخالفا لرأیه فی المسائل الاجتهادیه النظریه بل و ان کان مخالفا لدلیل قطعی نظری کإجماع علی طریقه الکشف أو خبر محفوف بالقرائن و الأمارات إذ مثل هذا یختلف باختلاف الانظار فرب شخص یستفید العلم من اماره لا یستفید الظن منها غیره فالحکم

استند إلی أمثال هذا لا یجوز نقضه، و منه یعلم ماده «١٧٣٨» إذا ادعی المحکوم علیه بان الحکم لیس موافقا لأصوله المشروعه- و طلب استیناف الدعوی بحق الحکم فان کان موافقا- یصدق و لا یستأنف و مثلها (١٨٣٩)- یدقق الإعلام فإن کان موافقا- یصدق و الا ینقض.

و تحریر هذا البحث ان الأصل المستفاد من العمومات و الأدله القطعیه ان حکم الحاکم الجامع للشرائط لا یرد و ان الراد علیه راد علی اللّه عز شأنه فیجب العمل به مهما أمکن حتی علی الحکام الآخرین فضلا عن سائر المکلفین إلا إذا علم فساده و عدم مطابقته للأصول الشرعیه فلو ادعی المحکوم علیه ان الحکم الذی علیه هو من هذا القبیل لا محیص من إجابته و رفع القضیه إلی حاکم أو حکام آخرین لینظروا فیه و یفحصوه و یمحصوه فان کان موافقا یعذروه و الا نقضوه، و لعل الأول من قبل ما یسمی الیوم بالاستئناف و الثانی بالتمییز و کذلک لو ادعی المحکوم عدم أهلیه الحاکم للحکم بفسق أو عدم اجتهاد أو تقصیر فی مقدمات النظر فی الدعوی أو فسق الشهود فی کل هذه الصور یصح المحکوم مدعیا و عموم البینه علی المدعی یقتضی سماع دعواه فاما ان یثبتها فینقض الحکم أو یعجز فیبقی الحکم علی ما کان، هذا هو مقتضی القواعد و لکن منع بعضهم من سماع هذه الدعاوی استناداً الی ان فتح هذا الباب موجب للطعن فی الحکام فیحصل فتق یعسر رتقه فی الإسلام و هو معارض بان سده

أیضا قـد یوجب غدرا فی الحقوق و حیفا لا یمکن تلافیه و علی تقدیر السـماع ففی دعوی عدم الأهلیه یکون المحکوم له مدعیا و علیه إثبـات الأـهلیه، و فی دعوی الفسق أو الجور أو الخطأ و فسق الشـهود فـالمحکوم علیه هو المـدعی و علیه الإثبـات الاـ ان یکون هو الـذی اختـار ذلـک الحاکم للمرافعه فیلزمه الالتزام بحکمه و حمله علی الصـحه کما انه لو دفع الـدعوی قبل الحکم أو بعده و أثبت امرا یوجب سقوط تلک الدعوی یبطل الحکم طبعا کما فی ماده (۱۸۴۰) یصح دفع الدعوی قبل الحکم و بعده الی آخرها.

و بقی فی المقـام أمر مهم لـم تتعرض له المجله و هو مـا یترتب علی تبین بطلاـن حکم الحاکم فنقول: انه إذا تبین بطلان الحکم فاما ان یکون قبل العمل به فلا شـی ء و اما ان یکون بعـده فان کان فی حـد من قتل أو قطع أو غیرهما أو فی مال أو فی عقـد أو حل عقـد (ففی الأول) إذا لم یکن مقصـرا فلا قصاص علیه و یلزم الدیه من بیت المال لتخیر المشـهود: ما أخطأت القضاه فی دم أو قطع فعلی بیت مـال المسـلمین الاـ ان المحکوم علیه لو کـان عالمـا بفسـاد دعواه و أغری الحـاکم بالحکم کان علیه القصاص للتسـبب الـذی هو هنـا أقوی من المباشـر، و فی [الثـانی] ان کـان المـال موجودا استرد و ان کـان تالفـا فـان کان المحکوم له قد استهلکه ضمن، و ان کان غیره فمع علمه یضمن أیضا للتسبب أیضا و الا فقیل ان ضمانه علی بیت المال و هو مشکل لاختصاص الخبر المتقدم بالدم و نحوه نظراً لقاعده لا یطل دم امرء مسلم، و حینئذ لا ضمان

على المحكوم له و لا ـ على الحاكم لعدم تقصيره حسب الفرض و هو مأذون شرعا، و خبر عبد الرحمن بن الحجاج فى قضيه ربيعه الرأى و قول الأعرابى له انه فى عنقك و تصديق الامام الصادق سلام الله عليه للأعرابى و قوله «ع» كل مفت ضامن غير صريح بما نحن فيه بل لعل المراد منه المفتى المقصر كربيعه الرأى و الحاصل هو قضيه فى واقعه لا يمكن إطراء العمل به، و منه ظهر انه لو ثبت كون الحاكم مقصراً أو جائرا متعمدا فى القضاء أو مقدماته كان الضمان عليه نفسا أو مالا- إلا إذا كان المحكوم له هو المباشر مع علمه فان الضمان عليه لان المباشر هنا أقوى من السبب، اما العقد فينفسخ و لو كان نكاحا فهو شبهه و الطلاق و نحوه يبطل و تعود الحاله الاولى اما لو كان الحكم فى مال و كان مقصرا فمع وجوده يسترد و مع تلفه يتخير المحكوم عليه بين الرجوع على الحاكم لانه مسبب و على المحكوم له ان كان هو المتلف و على المتلف ان كان غيره.

الباب الرابع فى (بيان المسائل المتعلقه بالتحكيم)

ماده «۱۸۴۱» يجوز التحكيم فى دعاوى المال المتعلقه بحقوق الناس،،، قاضى التحكيم هو خصوص الحاكم الذى تراضى الخصمان على

حكمه مطلقا و تخصيصه بالمال لا وجه له بل لو تراضيا عليه فى دعوى قتل أو عرض أو نكاح أو طلاق جاز بل أصل تشريعه فى الكتاب المجيد فى تخصم الزوجين و نشوز كل منهما أو أحدهما على الآخر فابعثوا حكما من أهلها و حكما من اهله،،، و قد اعتبر أصحابنا رضوان اللّه عليهم فى قاضى التحكيم جميع الشروط فى مطلق القاضى النافذ الحكم سوى التوليه من الامام فى أيام حضوره بسط يده حتى قال بعض اعلام علمائنا ما نصه: و اعلم ان قاضى التحكيم لا يتصور فى حال الغيبه لأنه ان كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم و الا لم ينفذ حكمه مطلقا إجماعا و انما يتحقق مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام و عدم نصبه- و قد تحرر من ذلك ان الاجتهاد شرط فى القاضى فى جميع الأزمان و الأحوال و هو موضع وفاق. و هل يشترط فى نفوذ حكمه تراضى الخصمين به بعده قولان أجودهما العدم عملا بإطلاق النصوص انتهى.

و أقول ان هذا الكلام الأخير موضع عجب إذ بعد فرضه مجتهدا جامعا للشرائط فما معنى اعتبار رضاهما بحكمه بعد الحكم؟ فان حكم المجتهد نافذ على كل أحد و ان لم يتراضيا و يلتزما بالانقياد لحكمه فكيف و قد رضيا به و التزما بتحكيمه و لا معنى لتحكيمه الا التزامهما بالعمل بحكمه فتدبره و ان كان واضحا، و مما ذكرنا ظهر انه لا وجه على أصولنا لما فى ماده (۱۸۴۲) حكم المحكم لا يجوز و لا ينفذ إلا فى حق الخصمين اللذين حكماء- الى آخرها، بل لازم

فرضه مجتهدا جامعا فحكمه نفوذ حكمه على كل أحد كسائر أحكامه اما بقيه مواد هذا الباب فهى صحيحه و واضحه،،، و اعلم ان ما ذكرناه فى القضاء من المباحث تبعا للمجله أو استدراكا عليها و ان كانت واسعه و جامعه و لكنها من باب التمثيل بالنسبه الى ما ذكره فقهاؤنا فى المبسوط من مؤلفاتهم كقطره من نهر، أو جره من بحر، و قد بقيت أبحاث مهمه فى الحكم و القضاء و الحاكم كقضيه جواز أخذ الأجره له أو الارتزاق من بيت المال، و احكام الشهاده و الشهود كشهاده الفرع و نحو ذلك لم نتعرض لها تبعا لإهمال المجله لها، كما أنها أهملت بعض الكتب المهمه من المعاملات مثل كتاب القرض اى الدين، و غير المهمه مثل السبق و الريبه، و كان عزمنا عند الشروع فى تأليف هذه المجموعه ان نتوسع فى مباحثها و نستدرك ما فات المجله على وجه مبسوط بحيث يكون مجموعه سته أجزاء أو ثمانيه و لكن ظروف الحرب القاسيه، و أزمه الورق العانيه بل أزمه كل شى ء هى التى حالت بيننا و بين ذلك العزم فقصرناه على أربعه أجزاء و قد عزمنا بتوفيقه تعالى و معونته ان تجعل لهذا الجزء الأخير ملحقا نستدرك به ما فان (المجله) من الكتب المهمه العامه البلوى التى يحتاجها القضاه و المحامون و الحكام أشد الحاجه، و هى ما يسمونها اليوم «بالأحوال الشخصيه» و ان لم يتضح وجه التسميه و لكنها جد جديره بالعنايه لعموم الابتلاء بها لعامه البشر و هى النكاح و ما ينضم فيه من الهور و العيوب و الأولاد و النفقات و غيرها و الطلاق

و ما يلتحق به من الخلع و المبارأه و الظهار و الإيلاء و العدد و غيرها و الوصيه و الدين و الوقف كل ذلك على سبيل الإيجاز في مواد و فصول على نهج ترتيب المجله- و هذا فراغ واسع كان في ثقافتنا و فقهائنا لعل البارى أراد ان يوفقنا لسده و القيام بما فيه الكفايه منه إن شاء اللّه و ما توفيقى إلا باللّه عليه توكلت و اليه أنيب

(استدراک) تقدم فی ماده (۱۷۸۴) صفحه (۱۷۹) من هـذا الجزء و ماده (۱۷۸۶) ان الحکم عباره عن قطع الحاکم المخاصـمه و ذکرنا فیما سبق هذه الماده ان الحکم هو القول الصادر لحسم الخصومه و کلا التعبیرین غیر سدید لأنهما یشعران بان الحکم

مخصـوص بمـا تسـبقه خصـومه مـع ان الحکم أعم من ذلـک و لاـ یلزم فی حقیقه تحقق خصومه معه کمـا فی الحکم بالأـهله و النسب و الوقف فی بعض فروضه و کثیر من أمثال ذلک، فالأصح فی الإشاره إلی حقیقه الحکم و جوهر معناه العام انه تشخیص موضوع أو وصف ذی أثر شرعی ممن له أهلیه ذلک شرعا، فالحکم بالهلال مثلا تشخیص موضوع ذی أثر شرعی و هو ان الیوم المعین هو أول یوم من شـهر رمضان فیجب علی الناس صیامه أو انه أول یوم من شهر شوال فیجب علیهم إفطاره و یحرم صیامه، و کـذا الحکم بـان الشـخص المعین هو ابن فلاـن فیرث کـل منهمـا الآـخر الی کثیر من أمثـال هـذا ممـا لا خصومه فیه أصـلا، و کذلک الحکم فی موارد الخصومه کما لو حکم عن هذا المال لزید و الدار لعمرو بعد التخاصم أو ان خالد مشغول الذمه لفلان بألف دینار و هکذا سائر موارد الخصومه و الحکومه فإن مرجع الجمیع الی تعیین موضوع أو وصف موضوع سواء قارنه أو سبقته خصومه أم لا فتدبره جیداً

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥
هاتف المكتب فی طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.